Ueber die

dinglichen Ansprüche des B.G.B.

hinsichtlich der Anwendbarkeit des

Allgemeinen Teils des Rechts der Schuld-

verhältnisse auf dieselben.

Inaugural-Dissertation

der hohen

Juristenfakultät der Universität Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

G. Stälin,
Justizreferendär I. Cl.
dz. beim K. Grundbuchamt Gmünd.

Tübingen 1902.
Druck von Heinrich Laupp jr.

Ueber die

dinglichen Ansprüche des B.G.B.

hinsichtlich der Anwendbarkeit des

Allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse auf dieselben.

Inaugural-Dissertation

der hohen

Juristenfakultät der Universität Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

G. Stälin,
Justizreferendär I. Cl.
dz. beim K. Grundbuchamt Gmünd.

Tübingen 1902.
Druck von Heinrich Laupp jr.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Tübingen.

Vorbemerkung.

I. Es wurde beobachtet, dass das B.G.B. gewisse Verschiedenheiten hinsichtlich der Art aufweist, wie Vorschriften, die im Allg. Teil des Rechts der Schuldverhältnisse enthalten sind, teils durch den Ausdruck „Finden Anwendung"; „Finden entsprechende Anwendung", teils bloss durch einfache Erwähnung als auch für andere Rechtsgebiete wirksam behandelt werden.

Dies führte zur Untersuchung dieser Verschiedenheiten; hiebei ergab sich, dass dieselben teilweise von Bedeutung sind für die bekannte prinzipielle Frage nach der Anwendbarkeit des Allg. Teils des Rechts der Schuldverhältnisse auf die dinglichen Ansprüche. Dem ist nachgegangen worden. Hier waren jedoch zunächst die „dinglichen Ansprüche" im Einzelnen erst zu eruieren; dabei ist es der Arbeit wohl gelungen, zu erweisen, dass ein gemeinsames, etwa aus irgend welcher gemeinsamen Eigenheit der dinglichen Ansprüche abzuleitendes Hindernis für diese Anwendbarkeit nicht besteht.

Die Einzelausführungen, die sich hieran anzuschliessen hätten, sowie eine Schlussfolgerung hinsichtlich der Stellung der dinglichen Ansprüche im System des B.G.B. konnten nur ganz kurz angedeutet werden.

II. Plan der Arbeit:

Einleitung, Sprachgebrauch § 1.

Erstes Kapitel: Ausscheidung nicht sachenrechtlicher Verhältnisse: §§ 2. 3. 4. 5. S. 3. 7. 9. 16.

Zweites Kapitel: Modifizierungen innerhalb der sachenrechtlichen Verhältnisse. Weitere Ausscheidungen: §§ 6. 7. 8. S. 18. 19. 31.

Drittes Kapitel: Das Thema. § 9—20 [1]).
Disposition § 9. S. 32.

Erster Abschnitt: Die materiellrechtlichen Ansprüche.

Erster Unterabschnitt: Die Ansprüche aus dem Eigentum §§ 10. 11. 12. S. 33. 35. 76.

---

[1]) Unten S. 32 steht fälschlich „bis § 18".

Zweiter Unterabschnitt: Die Ansprüche aus den beschränkten Sachenrechten. S. 83.
1) Erbbaurecht, Servituten, Mobiliarpfandrecht § 13.
2) Die Pfandrechte §§ 14—19. S. 85. 90. 101. 115.
Anhang § 18. Die Reallasten. S. 129.
Zweiter Abschnitt: Die aus der Grundbuch-Einrichtung sich ergebenden Befugnisse und Ansprüche. § 19. S. 131.
Anhang § 20. Das Vorkaufsrecht. S. 154.
Viertes Kapitel. Schluss. Resultat § 21. S. 158.
Andeutungen eines speziellen Teils § 22. S. 159.
Die Stellung der dinglichen Ansprüche im System des B.G.B. § 23. S. 161.

III. Verfasser ist sich wohl bewusst, dass er — bei der Grösse des Stoffs — nicht sämtliche Litteratur benützen konnte. Der Hauptnachdruck der Arbeit liegt auch nicht in der Zusammenstellung einzelner Ansichten, als vielmehr in der — für das B.G.B. wohl noch nie vorgenommenen — gründlichen Durchforschung der verschiedenen Arten der dinglichen Ansprüche.

Es ist deshalb von der Zusammenstellung eines Litteraturverzeichnisses abgesehen worden.

IV. Die kurz citierten Namen bedeuten:

Hellwig, Dr. K.: „Anspruch und Klagrecht", Beitrag zum bürgerlichen und zum Prozessrecht, Jena 1900.

Wendt: „Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerl. Recht". Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 92.

Planck, Hölder, Schollmeyer, Meissner, Biermann, Haidlen: die bekannten Kommentare.

Hölder, Windscheid: die bekannten Pandectenlehrbücher.

Dernburg: dessen Lehrbuch für Pandecten und B.G.B.

Endemann: dessen B.G.B.-Lehrbuch.

Die übrigen citierten Stellen sind wohl genau genug angegeben.

Der Kuhlenbeck'sche Kommentar und die Stein'sche Neubearbeitung des Gaupp'schen Kommentars, Zweiter Teil, konnten leider nicht mehr beigezogen werden.

V. Die Motive und Kommissionsprotokolle sind durchweg nach Mugdan citiert.

§ 1.

Einleitung, Sprachgebrauch.

Die Frage nach der Anwendbarkeit des allgemeinen Teils des Obligationenrechts auf die dinglichen Ansprüche ist nicht neu; sie ist auch schwierig; die erste Schwierigkeit liegt schon darin, dass die Litteratur das Wort „dinglich“ in einem vielgestaltigen Sinne gebraucht, während das Bürgerliche Gesetzbuch in § 221 sich einer Definition des Ausdrucks „dingliche Ansprüche“ enthält.

Es sei hier nur eine beispielsweise, auf Vollständigkeit nicht Anspruch machende, Zusammenstellung über verschiedene Bedeutungen des Wortes „dinglich“ gegeben.

I. In den neuen Gesetzen: § 221 des Bürgerlichen Gesetzbuches „der dingliche Anspruch“; § 24, 25, 26 C.P.O., eine „dingliche Belastung“ eines Grundstücks; „der dingliche Gerichtsstand“.

§ 124, 161, 210, 320 H.G.B „Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken“.

II. In der Litteratur: „der dingliche Vertrag“ — ein solcher, welcher ein Sachenrecht unmittelbar bestellt.

2. Die „dinglichen Wirkungen“ eines Vertrages oder Rechtsverhältnisses: — unmittelbare Wirkung für den Gegenstand des Vertrags, sei es Sache oder Recht: Der Vertrag soll nicht nur die Verpflichtung zur Herbeiführung einer Rechtsänderung aussprechen, sondern bewirkt dieselbe unmittelbar.

3. Der „dingliche Charakter“: der Cession, Uebertragung, einer Forderung;

des Erlasses einer Forderung —

die „dingliche Wirkung“ der Schuldübernahme, Prot. S. 818, „die objektive Gebundenheit des Uebernehmers“.

4. Die „dingliche Bindung“ des Eigentümers, der die Vindicatio abgetreten hat, Prot. S. 400.

5. Der „dingliche Schutz“ des Rechtsverhältnisses des Mieters, Pächters nach Ueberlassung des Gegenstandes: (§ 571 ss und folgende, 986 Abs. 2 B.G.B.) die Ausdehnung des Schutzes des

Mieters auch Dritten gegenüber ausser dem Vermieter; der „dingliche Schutz“ eines obligatorischen Anspruchs durch Vormerkung.

6. Die „dingliche Regelung“ z. B. des Gemeinschaftsverhältnisses zwischen Forderungs-Gläubiger und Niessbraucher:

Der Niessbraucher hat eine gewisse eigene Macht über die Forderung, insofern er einesteils die Rechtsausübung des Gläubigers zu hindern, andernteils seinerseits ohne Vermittelung des Gläubigers einzuwirken in der Lage ist.

Die „dingliche Rechtsposition“ eines Gesellschaftsbeteiligten: d. h. dessen, „im Anspruch auf statutenmässige Mitwirkung zu Gesellschaftsbeschlüssen“ sich äussernde, Verfügungsbefugnis.

7. Ganz abusiv: „die dingliche Wirkung“: der Anfechtung einer Willenserklärung, z. B. wegen arglistiger Täuschung: so gelegentlich Endemann: gegen Dritte, direkt wirkend.

8. Endlich wird sogar der Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück in gewisser Gestaltung als ein „reines dingliches Forderungsrecht“, Komm. Prot. Seite 4358, Mugdan S. 795 bezeichnet.

Das Wort „dinglich“ wird somit verwendet

a) zur Bezeichnung des Ursprungs des fraglichen Anspruchs.

b) zur Bezeichnung derjenigen Wirkung eines Thatbestandes, dass derselbe unmittelbar Rechtsveränderungen bewirken soll.

c) zur Bezeichnung dessen, dass ein Rechtsverhältnis oder eine Rechtshandlung die bezüglichen Rechtswirkungen nicht nur einem bestimmten Gegner gegenüber, sondern gegenüber unbestimmt vielen ausübt. —

In der Praxis des alten Rechts kam dem Ausdruck „dingliche Ansprüche“ lediglich die Bedeutung zu, „Ansprüche, welche aus Sachenrechten“ —, im Gegensatz zu denjenigen, welche aus anderen Rechtsverhältnissen, hervorgegangen sind.

In diesem Sinne verwendet, trotz der geschilderten Vieldeutigkeit, auch vorliegende Arbeit den Ausdruck „dingliche Ansprüche“. Sie muss denselben verwenden, um einen kurzen terminus technicus, und — last not least — einen nicht zu unbequemen Titel zu bekommen; und sie kann das thun, weil der von dem Gesetz mit dem Ausdruck „dinglich“ verbundene Sinn kein anderer als der obenbezeichnete, siehe oben a, sein kann.

In § 221 ist nämlich der Ausdruck „dinglich“ als ein attributives, im Sinn der Grammatik und Syntax „unterscheidendes“

Merkmal gebraucht, das Gesetz kann deswegen nicht so unelegant sein, zur Feststellung der von ihm mit diesem Ausdruck beschriebenen Ansprüche dem Leser zuzumuten, zunächt alle denkbaren Ansprüche auf die Möglichkeit ihrer Wirkung gegen Dritte im Sinne von oben b und c, zu untersuchen und zusammenzustellen; vielmehr muss angenommen werden, dass dieser Ausdruck, — ebenso wie in den obencitierten anderweiten Gesetzesparagraphen, — die fraglichen Ansprüche „nach ihrem Ursprung in dem Sachenrecht", als solche, welche aus dem Sachenrecht hervorgehen, oder auf dem Sachenrecht beruhen, bezeichnet. Unter die Sachenrechte zählt nach dem seitherigen Sprachgebrauch auch das Eigentum. Dasselbe ergiebt sich für die neue Terminologie, wenn man die Fassung der Paragraphen 181 Entw. I., 186 Entw. II., 221 B.G.B. Mugdan I. S. CVI vergleicht.

Entw. I. § 181 „Gelangt eine Sache, in Ansehung deren ein auf einem Rechte an derselben beruhender Anspruch begründet ist, durch Rechtsnachfolge in den Besitz eines Dritten, so wird die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Verjährungszeit in die Verjährungszeit eingerechnet"; —

Entw. II. § 186 Entw. = 221 B.G.B. „Gelangt eine Sache, in Ansehung deren ein dinglicher Anspruch besteht, durch Rechtsnachfolge in den Besitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechtsnachfolgers verstrichene Verjährungszeit dem Rechtsnachfolger zustatten".

Aus K.P.S. 462 Mugdan 793 ergiebt sich, dass die Aenderung lediglich als eine redaktionelle angesehen, daher der Redaktionskommission überwiesen wurde; es bestand daher wohl Einigkeit darüber, dass hier auch Ansprüche aus dem Eigentum mitgemeint seien und es wurde wohl nur deswegen geändert, weil fraglich sein mochte, ob man mit „Recht an der (s. c. fremden?) Sache" auch das Eigentum unter Vermeidung jeden Zweifels bezeichnen könne.

Dass die gegenwärtige Gesetzessprache das Eigentum unter die dinglichen Rechte, die Rechte an den Sachen mitzählt, ergiebt sich ganz klar aus § 124 H.G.B. („Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken").

Erstes Kapitel.

Ausscheidung nicht sachenrechtlicher Verhältnisse §§ 2—5.

§ 2.

I. Der schon von den Römern ausgeprägte Gegensatz zwi-

schen „res mea est — ubi invenio ibi eam vindico“ — und „dare facere oportet“ gilt noch heute. —

Das erste bezeichnet dasjenige Vermögensrecht, welches dem Berechtigten eine Herrschaft über die Sache allen anderen gegenüber [entweder nach allen oder nur nach bestimmten Richtungen hin] giebt: — Sachenrecht; das zweite dasjenige, welches die Befugnis, ein Thun oder Unterlassen zu verlangen, nur einem bestimmten Zweiten gegenüber einräumt: Obligation.

Ausserhalb der Betrachtung bleibt eine dritte, von der neueren Wissenschaft betonte, Kategorie von rechtlicher Macht, nämlich die, durch gewisse Rechtshandlungen, Veränderungen in den Rechtsverhältnissen zu bewirken — facultates, siehe S. 17. 18.

Die gegen alle übrigen wirkenden, direkte Herrschaft über die Sache verleihenden Rechte sind von dem Gesetz, sowohl dem römischen und gemeinrechtlichen, als von dem heutigen, genau und erschöpfend festgestellt, so dass ausserhalb des vom Gesetz vorgesehenen Rahmens kein weiteres, auch nicht durch Parteivereinbarung, geschaffen werden kann.

Es sind folgende:

Eigentum	903.985	Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten	1090	Rentenschuld	1099
Erbbaurecht	1012.	Vorkaufsrecht	1094	Grundschuld	1091
Grunddienstbarkeiten	1018.	Reallast	1105	Pfandrecht	1204
Niessbrauch	1030.	Hypothek	1113	—	—

II. Dagegen fehlt es dem römischen Recht an einer feststehenden Zusammenstellung der Obligationen nach den Entstehungsgründen; so mussten sich die Römer mit der allgemeinen Generalclausel „ex variis causarum figuris“ behelfen; schon hieraus ergab sich die Schwierigkeit einer solchen, alle anerkannten Obligationen zusammenfassenden, unterscheidenden Definition. — Es besteht denn auch noch für das heutige Pandektenrecht hinsichtlich der Definition der Obligation sehr grosse Verschiedenheit unter den Schriftstellern. Nur einige der neueren Definitionen sollen hier kurz angeführt werden.

Kuntze, die Obligation, S. 92, Uebersicht; die Kuntze'sche Beschreibung lässt sich nur schwer zusammenfassen.

Hartmann, die Obligation „eine irgendwie unter rechtlicher Sanktion und Garantie stehende Macht gegenüber einer fremden Person und Vermögenssphäre; sodann als Grundlage ein

bestimmt begrenztes Interesse des Gläubigers, in dessen Befriedigung und Stillung jene Gebundenheit Zweck und Ziel findet."

Bruns bei Holtzend. Encykl. (S. 464. 493): Verpflichtungsverhältnis zweier Personen auf Leistungen, Herrschaft über Menschen, opp. Sachenrecht, Herrschaft über die Natur. —

Ryck, „die Obligation" S. 10 eine selbständige, nicht bereits in einem anderen Rechtsgebilde enthaltene Form der Rechtsnotwendigkeit.

G. Rümelin, Obligation und Haftung. Arch f. d. civ. Pr. Bd. 68 S. 151 ss. beschränkt sich schliesslich auf Feststellung des Gegensatzes „Verpflichtung des Einzelnen" — „Verpflichtung Aller".

Das Nahestehen der obligatorischen und dinglichen Ansprüche betont auch Wendt S. 117. 118.

Cosack unterscheidet einerseits positive = obligatorische Verpflichtung, andererseits negative, Unterlassungs-Verpflichtung = dingliche.

Thon, „Rechtsnorm und subjektives Recht" 1878 S. 202. Die von der Rechtsordnung einer einzelnen Person auferlegte Verpflichtung, bei deren Nichterfüllung dem Interessenten ein Privatanspruch gewährt wird: die Obligation bildet den Restbestandteil privatrechtlicher Verpflichtungen, den Rest, der nach Abzug derer verbleibt, die in dem absoluten Schutz eines Gutes beruhen. —

Hölder, Pand. S. 23 Rechte an Sachen sind Erweiterungen individuellen Daseins, deren Konsequenz die ihnen entsprechenden Beschränkungen fremden persönlichen Daseins sind: Es giebt auch rechtliche Erweiterungen des eigenen individuellen Daseins, welche in Beschränkung des individuellen Daseins bestimmter anderer Personen aufgehen, die Forderungsrechte oder Obligationen.

Und anderswo: In Wirklichkeit sind die Forderungsrechte diejenigen Privatrechte, welche sich mit bestimmten Verbindlichkeiten decken, während zugleich jedes andere Privatrechtsverhältnis Verbindlichkeiten und Forderungen als Konsequenzen seiner Existenz erzeugt. —

Es ergiebt sich, dass diese Beschreibungen der Obligationen kaum geeignet sind, zu einer erschöpfenden systematischen Zusammenstellung der Obligationsgründe zu führen. Am greifbarsten erscheint die Definition von Ryck, die die Selbständigkeit gegenüber anderen, insbesondere den dinglichen Rechten, — und diejenige Thon's, welche die Restmässigkeit betont; übrigens aber ist die Beobachtung von Rümelin S. 208 als durchaus zutreffend zu bezeichnen, dass „bei der Feststellung, ob ein Verhältnis eine Obligation sei, nicht der Umweg über den Begriff der Obligation

genommen wird, sondern dass wir heute noch wie die römischen Juristen die einzelnen Obligationen als solche kennen.“ „Bei den bekannten Obligationsverhältnissen wird nicht untersucht, ob das Verhältnis unter eine der aufgestellten Definitionen falle; jeder weiss, dass das betreffende Verhältnis ins Obligationenrecht gehört; in anderen Fällen wird, ... endlich auch mit Rücksicht darauf, dass das Verhältnis an keine andere Stelle des Systems passt, eine Obligation angenommen.“

3. Während der obenerwähnte Gegensatz unbedingt feststeht in dem Sinne, dass Sachenrecht und Obligation zusammen einander ausschliessend, konträr gegenüberstehend, den ganzen Kreis der im B.G.B. geregelten Vermögensrechte erfüllen, liegt eine Aehnlichkeit zwischen dem Sachenrechte und der Obligation im Folgenden: Wie aus der Obligation verschiedene Nebenverpflichtungen, so gehen aus dem Sachenrecht unter Umständen auch Verbindlichkeiten bestimmter einzelner Personen hervor; die praktische Pointe des Streites über die Definition der Obligation ist die Frage, ob auf diese, aus dem Sachenrecht hervorgehenden Verbindlichkeiten Einzelner der Name Obligation oder wenigstens die Lehren von der obligatorischen Verpflichtung Anwendung finden.

II. Der ganze Streit über die Natur von obligatorischer und sachenrechtlicher Verbindlichkeit hat für das Neue Recht seine Bedeutung behalten, weil die Motive S. 1 zum Recht der Schuldverhältnisse erklären:

> „Der Ausdruck Schuldverhältnisse diene zur Bezeichnung eines solchen Rechtsverhältnisses, welches im Anschluss an das römische Recht von den Juristen Obligation genannt zu werden pflege.“ „Hiemit ist unter Vermeidung des Fremdwortes . . . eine das gesamte obligatorische Verhältnis Forderungsrecht und entsprechende Verbindlichkeit möglichst deckende Bezeichnung gewählt.“ —

und weiterhin S. 4:

> „Nirgends ist gesagt, dass Schuldverhältnisse nur aus Verträgen bezw. einseitigem Versprechen und aus unerlaubten Handlungen entstehen sollen. Der Ausspruch, dass Schuldverhältnisse kraft Gesetzes auch aus anderen Thatsachen entstehen können, sei jedoch als doktrinär und überflüssig weggelassen worden“ —;
>
> und er hat eine gegen früher noch erhöhte Bedeutung deswegen erfahren, weil das B.G.B. im ersten Teile des Rechtes

der Schuldverhältnisse eine Anzahl neuer, sehr praktischer positiver Vorschriften gegeben hat, deren Anwendung auf die im Sachenrecht erwähnten Ansprüche sehr zu wünschen, jedoch deswegen, weil sie nicht im Allgemeinen Teil, Buch I, sondern nur im I. Teil des Rechts der Schuldverhältnisse enthalten sind, fraglich ist:

z. B. § 274 der Tenor der Zug- um Zug-Verurteilung: führt das Rückbehaltungsrecht auch im Fall des § 1004 zur Verurteilung Zug um Zug?

283 Fristsetzung, insbesondere für 985

255 Abtretung der Surrogate, insbesondere für 985.

III. Nächste Aufgabe ist es, die im Sachenrecht erwähnten Ansprüche daraufhin zu untersuchen, ob sie in der That in irgend einem Sachenrecht eine Grundlage haben: wenn nicht, so werden sie infolge des zu I 3 konstatierten Verhältnisses einfach als gewöhnliche obligatorische zu betrachten sein; wenn ja, so ist zu prüfen, ob diese Grundlage die ausschliessliche ist, ob nicht vielleicht zu der dinglichen Grundlage ein weiteres, nicht sachenrechtliches Element hinzugekommen ist, und wie hierdurch die sachenrechtliche Verbindlichkeit beeinflusst wird. Erst für die so übrigbleibenden, unbeeinflussten, rein auf dem Sachenrecht beruhenden, rein dinglichen Ansprüche ist dann auf die Frage nach Natur und Verhältnis obligatorischer und dinglicher Ansprüche näher einzugehen.

§ 3.

1. Schon eine oberflächliche Durchsicht des Rechts der Schuldverhältnisse und des Sachenrechts zeigt:

a) dass im Recht der Schuldverhältnisse nicht bloss Obligationen, sondern auch Rechte an Sachen ihre Konstituierung gefunden haben.

cf. § 559 Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters. 588,2 Eigentum des Verpächters an den ihm angeschafften Stücken, (übrigens auch Verfügungsrecht über das übernommene Inventar).

590 Pfandrecht des Pächters an den Inventarstücken,

704 Pfandrecht und Rückbringungsanspruch des Wirtes an den eingebrachten Sachen des Gastes,

755 die Haftung der Sache für die gemeinschaftlichen Schulden.

Die Stellung dieser Bestimmungen unter den Schuldverhältnissen braucht nicht weiter aufzufallen, da sie eben als Verstärkung der durch sie geschützten, dem Obl.R. zugehörigen Ansprüche praktischerweise bei diesen aufgeführt werden; ähnlich § 1003.

b) ebenso sind im Sachenrecht verschiedenfach Verbindlichkeiten festgesetzt, welche nicht dem Gegner des eigentümlich oder dinglich Berechtigten, sondern diesem selbst zur Last fallen, und welche sonach nicht als Ausfluss eines dinglichen Rechtes bezeichnet werden können. Mindestens auf sie scheint sich das Wort der Motive: „Es ist nirgends gesagt, dass nur aus Verträgen und unerlaubten Handlungen Schuldverhältnisse entstehen könnten," — cf. oben S. 6 — zu beziehen. —

c) weiter finden sich im Sachenrecht einige Stellen, welche die Wirkung eines gewöhnlichen, nicht auf Sachenrecht beruhenden Anspruches dahin ausdehnen, dass hieraus eine Verpflichtung auch für Dritte entsteht:

Z. B. §§ 883, 884, 888 Vormerkung eines Anspruchs auf Uebertragung eines Rechtes, Ausschluss einer einem Dritten sonst zustehenden Einrede,

1094 ss. dingliche Wirkung des Vorkaufsrechtes,

1010 Abs. 1 und 2 gegen Dritte wirkende Vereinbarung des Ausschlusses der Teilung. Analog

1088: die Gläubiger des Bestellers können die Zinsen (obligatorisch) auch vom Niessbraucher verlangen.

999,2 die Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatz solcher Verwendungen, die eigentlich sein Vorgänger zu ersetzen hätte.

Ebenso wird es von den Motiven als eine dingliche Wirkung des Niessbrauchs an einer Forderung bezeichnet, wenn der Niessbraucher eine gewisse direkte Verfügungsmacht über die Forderung z. B. Einziehungsrecht, — somit nur eine den anderen ausschliessende oder beeinträchtigende Legitimation an der Forderung bekommt, siehe § 1 Z. 6.

2. Einen Gegensatz zwischen den aus Obligationen entstehenden, und den aus Sachenrechten einem bestimmten Gegner gegenüber erwachsenden Ansprüchen zunächst einmal vorausgesetzt, ist nun ohne Weiteres einleuchtend:

a) Für die unter c bezeichneten Ansprüche, dass die blosse Richtung derselben gegen Andere, Dritte, nichts an ihrem ur-

sprünglichen, durch die Entstehung aus obligatorischen Geschäften bedingten, obligatorischen Charakter ändern konnte — das Nähere siehe später (Vorkaufsrecht § 883. 888).

b) dass die oben als „nicht auf Sachenrecht beruhend" bezeichneten Ansprüche eben deswegen nach § 2 I 3 als gewöhnliche, wie die sonstigen, früher als obligatorisch bezeichneten, betrachtet und behandelt werden müssen.

Auf beide finden sonach die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts in derselben Weise direkte Anwendung wie auf die im II. Teile des II. Buches normierten Ansprüche.

§ 4.

Es hat zunächst die Ausscheidung dieser im Sachenrecht erwähnten, jedoch nicht auf dinglichen Rechten beruhenden Ansprüche und Verbindlichkeiten zu erfolgen[1]):

I. Erster Abschnitt: Besitz.

859. Der Besitzer darf: sich mit Gewalt erwehren, mit Gewalt wieder abnehmen, sich durch Einsetzung des Thäters wieder bemächtigen.

861. Der gestörte Besitzer kann die Wiedereinräumung verlangen.

862. Er kann auf Beseitigung der Störung und Unterlassung klagen.

Für diesen Abschnitt wird dahingestellt bleiben können, ob man Ansprüche auf Duldung der Wegnahme, oder eine blosse facultas, — etwa den blossen Ausspruch, dass die aussergerichtliche Selbsthilfe hier nicht widerrechtlich sei; — annehmen will; jedenfalls beruhen die erwähnten Ansprüche nicht auf sachenrechtlichen Rechten im alten Sinne. Die Frage, inwieweit der Besitz ein Recht an der Sache darstellt, muss hier als zu weit führend unentschieden bleiben.

II. Zweiter Abschnitt.

Die Grundbucheinrichtung ist später im Zusammenhang zu behandeln S. 131 ss.

III. Dritter Abschnitt: Eigentum.

1. Titel: 907 siehe unten.

1. 908 eine auf dem Eigentum beruhende Pflicht, den unschädlichen Zustand zu erhalten (die Konstruktion: dass man den Zustand des Nachbargrundstücks als gefährdet

1) Die auszuscheidenden Normen sind mit arabischen Zahlen bezeichnet.

und die Erhaltungspflicht sonach als Pflicht der Beseitigung einer Gefährdung, gleich Verletzung, dieses Grundstückes ansieht, ist zu künstlich).

Dagegen 907. 909 siehe unten.

2. 912, 913 Ueberbaurentenpflicht.
3. 915 Recht des Berechtigten, kaufweise Erledigung zu verlangen.
4. Erbbaurecht, 917 Abs. 1 siehe unten. 918, 2 enthält nichts Neues.
5. 917 Notwegrente (918, 2 obligatorisch).
6. 919 Mitwirkung zur Grenzberichtigung.
7. 922 eine auf Grund der Vermutung des § 921 auferlegte, den Pflichten des Miteigentümers entsprechende Leistungspflicht.
8. 923 Anspruch, dass der Angrenzer die Beseitigung des Grenzbaumes mit vornehme oder geschehen lasse; dagegen der Anspruch auf Unterlassung einer Beschädigung ist Negatoria.

3. Titel (III. Verbindung, Vermischung).

9. 951, 1 Vergütungsanspruch auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung.
10. (V) 962 a) Pflicht zur Duldung des Eintritts.
    b) Schadensersatzpflicht.
11. (VI) Die Verbindlichkeiten des Finders.

a) 968. Die Pflichten des Finders bilden eine Modifikation der Haftung des Besitzers. Sie sind durchaus obligatorisch, da ja der Verlierer nicht Eigentümer zu sein braucht; interessieren im Einzelnen nicht.

977. Condictio gegen den Finder oder die Gemeinde.

b) 978. Die Fundsachen in öffentlichen Räumen, interessieren nicht.

4. Titel. § 985 wird unten eingehender besprochen, hier können sofort ausgeschieden werden:

12. Die Ersatzansprüche und Wegnahmeansprüche des Besitzers 994—996, 997 (insbesondere Satz 2, Gestattung der Wegnahme, 998, 999).
13. 1005. Anspruch auf Gestattung der Wegnahme; muss obligatorisch genannt werden, da das Grundstück nicht Gegenstand des Rechts des Eigentümers.
14. 1007 ebenso. Der Anspruch aus früherem Besitz kann

weder als Recht noch als Ausfluss eines Rechtes an der Sache behandelt werden; also jedenfalls nicht dinglich.

5. Titel. Miteigentum.

1010. Die obligatorischen Vereinbarungen unter den Miteigentümern erhalten „Wirkung gegen die Sondernachfolger".

1011. Aktiv-Legitimation des Miteigentümers gegenüber Dritten.

IV. Abschnitt: Erbbaurecht.

Analog dem dritten Abschnitt.

V. Fünfter Abschnitt: Dienstbarkeiten.

1. Titel: Grunddienstbarkeiten.

15. 1021. 22 lassen sich nicht unter den Begriff des § 1018 subsumieren, sind also jedenfalls nicht auf Grund des Sachenrechtes, sondern auf Grund der Vereinbarung gegeben; daher auch „reallastähnlich". 1020 kann, seiner Fassung nach, wohl kaum als dinglich behandelt werden, wenn er sich auch als Ausfluss des berechtigten Interesses des Eigentümers auf Erhaltung des Rechtszustandes, — ebenso Mot. — erweist. 1024 Recht auf richterliche Ordnung bei Rechtskollision, ist unmittelbarer Ausfluss des dinglichen Rechtes.

16. 1023 Verlangen der Verlegung der Rechtsübung ist obligatorisch, da Eigentümer die Kosten zu tragen hat, und die Verpflichtung auch dann besteht, wenn die Ausübung gerade auf dem fraglichen Teil des Grundstücks durch Rechtsgeschäft bestimmt worden ist: wäre die Verlegungspflicht Ausfluss des Eigentums, so würde sie gegenüber der dispositiven, rechtsgeschäftlichen Parteivereinbarung cessieren; wegen der Kostenpflicht des Eigentümers vgl. auch unten S. 137, Z. 4.

17. 1029 Besitzschutz: Die auf den Besitzschutz hinsichtlich der Dienstbarkeits-Ausübung beruhenden Ansprüche und Verbindlichkeiten, werden ebenso, wie die aus dem Sachbesitzschutze sich ergebenden, nicht als unmittelbare Ausflüsse des dinglichen Rechtes aufzufassen sein.

2. Titel: Niessbrauch.

I. Niessbrauch an Sachen.

18. 1035 Pflicht der Mitwirkung zum Verzeichnis.

19. 1036, 2 Pflicht zur Sorgfalt nicht auf Grund des Niess-

brauchrechts, sondern entweder auf Grund des Eigentums oder obligatorisch;

Das Besitzrecht ist dinglich. Die Erhaltungspflicht erscheint jedoch, — da sie auf eine Fürsorge, nicht nur auf ein Unterlassen geht — nicht nur im Eigentum, sondern in einer dem Vorteil des Besitzes entsprechenden besonderen Verpflichtung ihren Grund zu haben; somit nicht lediglich als Ausfluss des Eigentums gedacht, also obligatorisch; cf. § 1037.

20. 1038 Verlangen nach Festsetzung eines Wirtschaftsplanes; dieser letztere wird jedoch dingliche Berechtigungen setzen können.

21. a) 1039: Ersatzpflichten:
b) 1041: Erhaltungspflicht (Siehe die Bemerkung zu 1036,2)
c) 1042: Anzeigepflicht.
d) 1044: Pflicht, aushilfsweise Grundstückverminderung zu gestatten, ist nicht als dinglich ausgedrückt; wird am einfachsten als eine Einschränkung des Niessbrauchrechts aufzufassen sein. cf. S. 22. 23. Z. 5 Abs. 1.
e) 1045 Versicherung.
f) 1047 Kostenpflicht.
g) 1048 Ersatzpflicht bei Verfügung.
h) 1051 Sicherheitsleistungspflicht.

22. 1046 Gegenseitige Mitwirkung zur Anlage.

23. 1049 Verwendungs-Ersatz-Ansprüche des Niessbrauchers gegen den Eigentümer.
1052 cf. 283. Die Einsetzung der Verwaltung erscheint nicht als Pflicht oder Thätigkeit des Niessbrauchers: also ein Ausfluss des dinglichen Rechtes des Eigentümers.
1053 Negatoria des Eigentümers.
1054 desgl.
1055 Dingliche Rückgabepflicht an den Eigentümer, nicht an den Besteller; nicht dem Besteller gegenüber ist Niessbraucher verpflichtet, an den Eigentümer zurückzugeben, sondern dem Eigentümer selbst auf Grund Eigentums.

24. 1056 Abs. 3 interessiert: der Anspruch auf Abgabe einer Erklärung über die Kündigung wird nicht als obligatorisch aufgefasst werden können: es ist nicht ersichtlich,

wie darauf vollstreckt werden soll. Cf. unten S. 105 Z. 4 a und S. 106 Anm. 2; gesetzt ist hier nur die Möglichkeit, durch Fristsetzung gewisse Rechtswirkungen vorzubereiten.

1060 Kollisionsordnung.

1065 Anspruch aus dem Niessbrauch bei Beeinträchtigung.

1066 Aktiv-Legitimation des Miteigentümers.

25. 1067 bei usus fructus irregularis können, da das Eigentum übergeht, zwischen dem Besteller und Niessbraucher keinerlei dingliche Ansprüche bestehen.

II. Niessbrauch an Rechten 1068—1084: scheidet aus der Aufgabe deswegen aus, weil die Rechte an Rechten nicht dingliche Rechte wie die Rechte an Sachen darstellen, siehe unten S. 31, § 8. Auch abgesehen hievon ist ohne Weiteres einleuchtend, dass die Pflichten zur Verwaltung und Mitwirkung zur Einziehung u. s. w. sich nicht als rein aus dem Eigentum hervorgehende behandeln lassen; sie beruhen nicht auf dem Eigentum, sondern darauf, dass das eingeräumte Nutzniessungsrecht den Eigentümer behindert, und deswegen dem Nutzniesser die Pflicht, den Eigentümer zu unterstützen, auferlegt ist. Dies gilt für

26. 1078, 1079, 1082, 1083, 1084 } Mitwirkung zur Einziehung (Hinterlegung) und Wideranlegung bei Forderungen und Wertpapieren.

III. Niessbrauch am ganzen Vermögen 1085—1089.

1085 an den einzelnen Sachen: Verwertbar wird nur § 1086: „Der Niessbrauch steht dem Befriedigungsrecht der Gläubiger nach“ s. S. 22. 23. Z. 5.

27. 1086 Pflicht zum sofortigen Ersatz den Gläubigern gegenüber.

1087 Rückgabeforderung des Bestellers muss obligatorisch sein, da ja Besteller nicht Eigentümer sein muss. Auch die Befugnis der Auswahl erscheint nicht als ein Recht an den Einzelsachen oder der Gesamtheit.

28. 1088 für die rein obligatorischen Zinsen-Ansprüche ist während des Vermögensniessbrauches auch der Niessbraucher passiv legitimiert (cf. auch 999, 2; 1094)

3. Titel. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten: cf. 1. Titel.

V. Sechster Abschnitt: Vorkaufsrecht 1094—1104:
der späteren Erörterung vorzubehalten.

VI. Siebter Abschnitt: Reallasten 1105—1112:
der späteren Erörterung vorzubehalten.

VII. Achter Abschnitt: Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld:
Eingehende Erörterung folgt später; als zweifellos können aber jetzt schon folgende Ausscheidungen erfolgen:

1. Titel: Hypothek.

29. 1144 das Recht auf Ausfolge des Briefes ist in den Fällen, wo die Hypothek nicht dem Verlangenden zusteht, sondern etwa erloschen ist, obligatorisch, ebenso wie der Anspruch auf Ausstellung der Löschungsbewilligung, siehe später S. 151. 152.

30. 1145 Pflicht des Gläubigers zum Teilquittungsvermerk auf dem Brief.

31. 1154 Verbindlichkeit zur Uebergabe des Briefs ist hier gegeben behufs Ermöglichung des Forderungs- und Hypotheken-Uebergangs, ist also obligatorisch, ebenso die Verbindlichkeit zur öffentlichen Beglaubigung der Abtretungserklärung.

32. 1167: auch diese Ansprüche sind, wenn die Hypothek nicht dem Verlangenden zusteht, obligatorisch, cf. übrigens S. 151. 152.

33. 1169 Anspruch auf Verzicht muss obligatorisch sein: er folgt nicht aus dem Eigentum, denn der Verzicht bewirkt nicht etwa, dass wieder Eigentumsfreiheit, sondern dass Eigentümerhypothek eintritt; es ist also nicht viel anders, als wenn der Gläubiger seine Hypothek dem Gläubiger abtreten sollte[1]).

34. 1172 obligatorische Ansprüche aus einer Art von Gemeinschaft.

35. 1179 obligatorische Verpflichtung, die Hypothek löschen zu lassen, kann vorgemerkt werden.

2. Titel: Grundschuld, Rentenschuld.

I. Grundschuld enthält keine obligatorischen Verbindlichkeiten, insbesondere der Zinsenanspruch des § 1197 kann nicht als obligatorische Verbindlichkeit bezeichnet werden. Siehe S. 101 ss, bes. S. 103.

---

1) A. m. wohl Hellwig, Anspruch und Klagrecht S. 11.

II. Rentenschuld, für welche das Gleiche gilt; auch § 1201 Satz 2 und 1202 Abs. 2 enthalten keine obligatorische Verbindlichkeit.

VIII. Neunter Abschnitt: Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

1. Titel:

36. 1214 der nutzungsberechtigte Gläubiger ist verpflichtet, Nutzungen zu ziehen, Rechenschaft abzulegen.

37. der Pfandgläubiger überhaupt ist verpflichtet:
1215 das Pfand zu verwahren,
1217 zu hinterlegen (der Ausdruck bei Wendt S. 81, dieser Ausspruch sei „vindikatorisch", ist wohl versehentlich für „petitorisch"; cf. 1248, wonach der Verpfänder nicht notwendig Eigentümer).
1217, 2 gegen Befriedigungsangebot zurückzugeben.
1218 bei Verderbsbesorgnis gegen Sicherheit zurückzugeben.
1218, 2 vom drohenden Verderb Anzeige zu machen.

38. 1216 der Eigentümer ist zum Ersatz von Verwendungen entsprechend den Geschäftsführungsvorschriften verpflichtet.

39. 1223 der Pfandgläubiger ist verpflichtet, das Pfand dem Verpfänder zurückzugeben.

40. Gegenüber dem Pfandverkaufsrecht.
a) Lasten:
1234 Androhungspflicht.
1237 Bekanntmachungspflicht und Benachrichtigungspflicht.
1238 ob die Notwendigkeit, Barzahlung auszubedingen, als Last bezeichnet werden kann, ist wohl zu bejahen, cf. 1243, 1243, 2;
b) 1240, 2 Schadenersatzansprüche.

41. Gegenüber dem Verkaufsrecht ist dispositive anderweite Vereinbarung (übrigens nur in mässigen Grenzen) möglich und verbindlich.

42. 1246. Pflicht, billigem Verlangen nach anderer Verkaufsweise zu entsprechen, muss als obligatorisch betrachtet werden.

43. 1251 Bürgschaftshaftung des früheren Pfandgläubigers.

44. 1254 Rückgabepflicht des Pfandgläubigers an den Ver-

pfänder und den Eigentümer bei entgegenstehender Einrede; auch an den Eigentümer wird nicht auf Grund des — zunächst immer noch vom Pfandrecht geschwächten — Eigentums zurückgegeben, sondern nur auf Grund der gesetzlichen, das Erlöschen des Pfandrechts bezweckenden, Bestimmung. (A. M. wohl Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 11.)

1258 s. unten S. 31 § 8.

Schiffspfandrecht.

45. 1266 Recht, die Aufhebung des Pfandrechts zu fordern, ist obligatorisch, siehe Z. 9 und oben S. 14, VII. Z. 33.
46. 1267, ebenso auch der Anspruch auf Ausfolge der zur Schiffsregisterberichtigung erforderlichen Papiere, (da das Pfandrecht erlischt und nicht mehr auf jemand anders, etwa den Eigentümer, übergeht).

2. Titel:

Pfandrecht an Rechten.

Ist der späteren Erörterung vorzubehalten, cf. S. 31 § 8 (übrigens auch S. 13 II.).

Als nicht dinglich ergeben sich auf den ersten Blick:

47. 1282: Pfandgläubiger kann auch Abtretung der Forderung an Zahlungsstatt verlangen.
48. 1285 Pfandgläubiger und Gläubiger sind einander zur Mitwirkung zur Einziehung verpflichtet. Pflicht des Pfandgläubigers, für ordnungsmässige Einziehung zu sorgen und den Gläubiger zu benachrichtigen.
49. 1286 Pfandgläubiger kann verlangen, dass Gläubiger kündigt.
50. 1288 beiderseitige Mitwirkungspflicht zur Wiederanlegung des eingezogenen Kapitals.
51. 1292: obligatorische Verrechnungspflicht.
52. 1293 zieht die Bestimmungen des neunten Abschnitts, S. 15. Z. 36—44 an.
53. 1296 der Verpfänder kann Herausgabe der fällig gewordenen Zinsscheine verlangen, obwohl das dem Eigentum entgegenstehende Pfandrecht im Augenblick des Verlangens noch besteht; also ebenfalls obligatorisch.

§ 5.

Der Vollständigkeit halber mag hier, übrigens nur beispiels-

weise, eine Anzahl der wichtigsten facultates genannt werden. Sie gehen entweder nur auf thatsächliche Handlungen, die vom Recht nur insoweit berücksichtigt werden, als ihre Zulässigkeit ausdrücklich ausgesprochen ist: z. B. § 903, eingeschränkt durch 906, 909; oder auf Rechtshandlungen, von denen das Gesetz eine rechtliche Folge abhängen lässt, die sonach, wie die sie in Lauf setzende Handlung, vom Willen des Einzelnen abhängig ist.

I. Die — dem § 903 entsprechenden — vielfachen Eintragungsbefugnisse; die Möglichkeit, Verträge zu schliessen und abzuändern.

1. die verschiedenen Aufgebotsanträge.
2. Rücktrittsmöglichkeit.
3. die jura offerendi, des Mieters und Pächters, sowie des Verpächters, 561. 590, ebenso der Berechtigten nach 268 und nach 1143 und 1150; etwas anders 1249, das jus offerendi des Pfandeigentümers — 1217, 2. 1223. 1225. cf. z. B. unten S. 152 Z. b.
4. die Wegnahmerechte 500, 504, 558, 601, 951 (s. übrigens den Schluss der Arbeit S. 159).
5. 903 a) die Verfügungsbefugnis der Eigentümer oder dinglich berechtigten . . .
   b) Veräusserungs- und Belastungsfreiheit des Eigentümers.
6. 910 das Recht die Wurzeln abzuschneiden und zu behalten.
7. 922 das Mitbenutzungsrecht.
8. 953 Fruchterwerb.
9. 1001 das Abandon-Recht.
10. 1009 die Möglichkeit, das im Miteigentum stehende Grundstück zu belasten u. s. w.
11. 1034
    1035 Feststellungsrechte.
12. 1056 die Aufforderung zur Erklärung über Kündigung bewirkt Präklusion derselben.
13. 1132 Verteilung der Haftung bei Gesamthypothek.
14. 1139 der einseitige Antrag des Eigentümers genügt zur Vormerkung der exceptio non numeratae pecuniae.
15. 1151 und 1152 Teilung der Forderung und der Hypothek; Teilhypothekenbrief.

16. 1160 Widerspruch gegen die Geltendmachung der Hypothek, insbesondere bei Nichtvorliegen des Hypothekenbriefs.
17. 1179 Möglichkeit, einen Anspruch auf Löschung der Hypothek bei Konfusion eintragen zu lassen.
    1180 Zulässigkeit der Uebertragung der Hypothek auf eine andere Forderung.
18. Aenderungen an den mit der Hypothek verbundenen Forderungen.
19. 1202 Ablösungsrecht des Eigentümers des mit Grundschulden belasteten Grundstücks.
20. 1245 Möglichkeit der in Einzelheiten abweichenden Verkaufsfestsetzung.

II. Hier ist übrigens schon auf die nahe Verwandtschaft zwischen Befugnis und Recht hinzuweisen: Eine Befugnis, welche nicht allen, sondern nur einem anderen gegenüber besteht, wird als Recht gegenüber diesem Einzelnen bezeichnet. Als Beispiel diene die Veräusserungsbefugnis des Eigentümers: Die Veräusserungsbefugnis des Eigentümers kann, da sie der Allgemeinheit, nicht bloss Einem bestimmten Gegner, gegenüber besteht, nicht ein Recht am Grundstück, ihr Ausschluss kann daher auch nicht Inhalt einer Dienstbarkeit im Sinne des § 1018 sein (cf. übrigens auch § 137 B.G.B.; s. Wendt Unterlassungen und Versäumnisse S. 122). — Andererseits, sowie die Veräusserungsbefugnis einem bestimmten Gegner gegenübertritt, wird sie zum Recht: Pfandverkauf, Zwangsverkauf[1]).

Zweites Kapitel.

Modifizierungen innerhalb der sachenrechtlichen Verhältnisse; weitere Ausscheidungen; §§ 6—8.

§ 6.

I. Als Gegenstand dinglicher Rechte verhalten sich bewegliche und unbewegliche Sachen, soweit ihre körperliche Erscheinung und Substanz in Betracht kommt, gleich; bei Beurteilung der Rechte an unbeweglichen Sachen ist jedoch ausser auf ihr

1) Ueber die — allerdings wohl nicht zur Ziehung von Konsequenzen zu verwertende, Subsumption von vorgemerkten Veräusserungsverboten unter die Belastungen, s. Wendt S. 121.

körperliches Verhalten auch auf die Grundbucheinrichtung einzugehen — s. u. S. 131 ff., Motive III. S. 236. II.

II. Das dingliche Recht zeigt verschiedene Stadien:

1. schon im unverletzten Zustande äussert es sich Dritten gegenüber in deren Verbindlichkeit, sich einer störenden Einwirkung zu enthalten; diese Verbindlichkeit Aller bleibt bestehen, auch wenn sie von einem Einzelnen verletzt worden ist; dies betont mit Recht Hölder, Zeitschrift für Civilpr. 22. Bd. S. 6; cf. hiezu seinen Kommentar zu § 198 Z. 2, Wendt S. 92, 94 ss.
2. liegt ein dem Recht zuwiderlaufender Zustand vor, so entsteht neu:
   a) eine Verpflichtung auf Herstellung oder Duldung des der Rechtsausübung entsprechenden Zustandes
      aa. an der Sache selbst (§ 985, 1104, 1113, 672),
      bb. und im Grundbuch.
   b) Eventuell, mit oder ohne a, gewisse weitere Verpflichtungen, etwa auf Geldersatz für irreparablen Schaden u. s. w. (z. B. 988, 989, 990 cf. insbesondere Hellwig S. 388).

§ 7.

I. Die Frage, ob die Verbindlichkeiten der Ziff. II. 1 als Verbindlichkeiten im Rechtssinne behandelt werden können, ist sehr bestritten.

1. Für die Verneinung sprechen insbesondere die Erwägungen bei

Thon, „Rechtsnorm und subjektives Recht", S. 156—158, 161; insbesondere S. 159: „Solange die das Eigentum schützenden Normen nicht übertreten sind, hat es keine Bedeutung, dem Eigentümer einen Anspruch zuzuerkennen, wenn man doch einräumt, dass letzterer ebensolange befriedigt sei: Ob jemand gar keinen Anspruch hat, oder einen befriedigten Anspruch, kommt praktisch auf dasselbe hinaus. Seine Kraft und Bedeutung müsste der Anspruch erproben, sobald er unbefriedigt bleibt. Und was wird in einem solchen Fall? Dem gegenüber, der ihn unbefriedigt lässt, der nun das Gewicht desselben fühlen sollte, verwandelt sich augenblicklich unser Anspruch in einen solchen anderen Inhalts. Jener wesenlose Anspruch geht unter; ein anderer neuer, nunmehr bedeutungs-

voller Anspruch entsteht. Sofern man nur letzteren anerkennt, giebt man nichts preis, als etwas, was zwar den Namen des Anspruchs führt, aber jeglichen Inhalts entbehrt . . .", — und weiter daselbst S. 158.

Kuntze, die Obligation, insbesondere S. 77. „Diese sogenannte Pflicht ist nichts als eine durch den Inhalt des Rechtes selbst gesetzte Pflicht, mit anderen Worten eine abstracte logische Konsequenz aus dem begrifflichen Wesen der Privatrechte, oder, wie Ihering sich ausdrückt, eine Uebersetzung aus dem Positiven ins Negative . . . . . Den Zustand des „Rechtlich Geschütztseins gegen Anfechtung", beruhend auf der unmittelbaren Konsequenz des Rechtes selbst, schon Anspruch zu nennen, entspricht keineswegs dem Sprachgebrauch; es liegt auch kein praktisches Bedürfnis vor".

Hölder, Pand. S. 340 ss.: „Der negative Anspruch ist kein Anspruch im Rechtssinn"; ebenso auch in Kohlers Archiv Bd. 11 S. 221. cf. auch

Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 77. 79.

Ryk, die Obligation S. 29, ebenso

Wendt, nach der S. 94 und 95 ausgesprochenen Zustimmung zu Planck zu schliessen; dies ist wichtig gegenüber dem anfangs seiner Abhandlung gebrauchten Ausdruck, „Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung". für „das Befriedigungsrecht"; cf. auch seine Pand. § 8 [1]).

2. Andererseits muss einem zuweilen aus § 194 B.G.B. entnommenen Argument entgegengesetzt werden:

a) dass aus der hier ausgesprochenen Anerkennung von Ansprüchen auf Unterlassung überhaupt noch kein Schluss

1) Bezüglich der von Wendt S. 95/96 bekämpften Aeusserungen Hölders zu § 198, 2 B.G.B. sind wohl vor allem auch die weiteren Ausführungen Hölders zu § 12, Pand. S. 339, 340 anzuziehen (wo insbesondere das, etwas abliegend erscheinende, gegen die Verletzungstheorie gerichtete, Beispiel des der Vindikation ausgesetzten gutwilligen Finders genauer besprochen wird. Uebrigens gilt hier wie überall, dass den Ausschlag nicht die theoretische Formulierung, sondern ihre Anwendung auf den konkreten Fall giebt: Diese fehlt leider hier, da H. im Kommentar nicht den § 1004 zu bearbeiten hat. Uebrigens stimmt ja H. zu 198 2a mit Wendt darin überein, dass das dingliche Recht auf Unterlassung der Störung vor der Zuwiderhandlung, kein Rechtsanspruch ist; der Unterschied scheint hauptsächlich darin zu liegen, dass H. die schon oben erwähnte Verschiedenheit zwischen dem fortdauernden Unterlassungs- und dem neuen Restitutions-Anspruch schärfer als Wendt betont.

darauf gezogen werden kann, dass gerade auch die dem dinglichen Recht entsprechenden Ansprüche auf Unterlassung hier inbegriffen und mit herangezogen seien. Siehe Hölder: „Es verjährt nicht der Anspruch auf Unterlassung, sondern der auf Restitution", — zu § 198, 221.

b) und dass sich insbesondere gerade aus § 1004 Satz 2 das arg. e contr. ergiebt, dass ohne Besorgnis weiterer Beeinträchtigung kein klagbarer Anspruch besteht.

Den von Hellwig, „Anspr. u. Klagerecht", besonders S. 26 aufgestellten, insbesondere auf § 259 (neu) C.P.O. gestützten Erwägungen[1]) ist entgegenzuhalten:

Es hat zwar etwas für sich, die Klage auf künftige Unterlassung § 1004 und entsprechende, ihrem inneren Charakter nach betrachtet, zu den Feststellungsklagen zu zählen und dieselben sonach als Indiz dafür zu verwerten, dass das B.G.B. einen solchen Anspruch schon vor einer thatsächlichen Rechtsverletzung anerkenne; so dass 1004 nur die Klagvoraussetzung für einen schon vorher zugebilligten Rechtsanspruch geben würde. Immerhin ist aber ein solcher Rechtsanspruch an anderen Stellen nirgends, auch in § 903 B.G.B. nicht, ausgesprochen; § 1004 ist offenbar gegen die Rechtsanspruchsqualität, und es ist immerhin denkbar, dass gerade erst die erregte Besorgnis vor weiteren Störungen als die einen rechtlich verfolgbaren Anspruch begründende Gefährdung oder Verletzung des ungetrübten, Rechts entsprechenden Zustandes aufgefasst worden ist: Demnach liegt für die Annahme eines vollen Rechtsanspruchs vor der Verletzung kein genügender Anlass vor. Siehe jedoch § 259 C.P.O., unten S. 80. 81. Eine weitere Frage ist, ob nicht das wörtliche Zuwiderhandeln gegenüber einer blossen Verbindlichkeit Besorgnis weiterer Störung erregen kann: auch das bloss wörtliche Zuwiderhandeln ist immerhin ein Zuwiderhandeln, und es kommt häufig vor, dass Verbindlichkeiten, die nicht voll rechtswirksam sind, immerhin als rechtserheblich z. B. als Objekt für ein Zuwiderhandeln, in Betracht kommen.

3. Die Rechtsanspruchs-Qualität dieses Unterlassungsanspruches kann auch nicht

a) durch die Behauptung unterstützt werden, dass eine von

---

1) S. hierüber, insbesondere auch hinsichtlich des Sprachgebrauchs, unten S. 80 ff.

der Gerichtspraxis anerkannte Notwendigkeit nicht ohne sie befriedigt werden könnte:

cf. Reichsgericht Entsch. 15. 6. 80 Seuff. Archiv Bd. 36 No. 25; denn bei dem in dieser Entscheidung aufgestellten Satz: „der Umstand, „dass zur Zeit der Cession (der Vindicatio) ein Klagerecht nicht „besteht, schliesst die Wirksamkeit der Abtretung nicht aus; denn „die Rechtsgiltigkeit ist nicht davon bedingt, dass zur Zeit der „Uebertragung der Klagerechte schon Veranlassung zu einer Gel„tendmachung derselben gegeben ist," — lässt sich die Abtretung kaum auf einen derzeit bestehenden, aber befriedigten, Anspruch auf Unterlassung einer Störung beziehen, — wohl aber auf künftige, durch künftige Störung bedingte, Vindikationen. Hierfür spricht auch das Wort „Uebertragung der Klagerechte".

Ebenso die Auslegung der citierten Stelle bei Windscheid § 337 Nr. 4a.

Für diese Auffassung spricht mit aller Präzision Wendt S. 82. 86. 94; cf. übrigens daselbst auch S. 52 (S. 91 bezieht sich nicht auf dingliche Ansprüche); siehe auch dort S. 92.

b) Auch lässt sich wohl nicht mit Hellwig S. 26 schon aus dem blossen Institut der servitutes in non faciendo die Behauptung ableiten, dass sie notwendig einen präsenten (klagbaren) Rechtsanspruch auf Unterlassen erzeugen: ein genügender Inhalt der Servitut auch ohne klagbaren Rechtsanspruch ist schon in der durch die Serv. i. n. f. auferlegten Einschränkung der Verfügungsfreiheit hinsichtlich des belasteten Grundstücks zu finden (diese Einschränkung hinsichtlich des Grundstücks als „dingliche Belastung" ist proportional der durch die obligatio in non faciendo gegebenen Einschränkung der gesamten Willensfreiheit).

4. Eine sehr eingehende Bearbeitung der Frage ist in vorliegender Arbeit deswegen unnötig, weil ja die sämtlichen Bestimmungen des Obl.R. immer nur die Verhältnisse zweier bestimmten Gegner regeln und ihre Anwendung auf die Ansprüche gegen jedermann deswegen gar nicht in Frage kommen kann. Ueber die wichtige Modifikation, welche das bisher Ausgeführte durch § 259 C.P.O. erleidet, siehe unten S. 80. 81.

5. Uebrigens legt der Zusammenhang hier nahe, auch darauf hinzuweisen, dass der Ausdruck, der Gegner habe, ... insbesondere die Zwangsvollstreckung ... zu dulden", seiner Stellung im

System nach häufig nicht eine Rechtserweiterung der Zwangsvollstreckungs-Berechtigten, also nicht eine entsprechende neue Verpflichtung, sondern lediglich die Wiederbeschränkung eines sonstwo eingeräumten, an sich weitergreifenden, Rechts aufstellt:

Wenn nämlich der nutzungsberechtigte Vater oder der Niessbraucher die Zwangsvollstreckung der Gläubiger zu dulden hat, so ist hiermit nichts anderes gesagt, als dass die Nutzniessung — welche nicht eines der dinglichen Rechte des III. Buches ist — nicht gegen alle wirkt, sondern dass sie den Gläubigern gegenüber, ob sie nun ihre Befriedigung nur im Wege der Klage oder schon durch Zwangsvollstreckung geltend machen, nicht wirkt. — Dieser Auffassung entspricht die Fassung von

§ 1411: „Die Gläubiger können ohne Rücksicht auf die Verwaltung und Nutzniessung Befriedigung verlangen";

§ 1659: „Der Gläubiger des Kinds kann ohne Rücksicht auf die elterliche Nutzniessung Befriedigung verlangen".

vgl. auch § 1086: Die Gläubiger des Bestellers können, soweit . . ., ohne Rücksicht auf den Niessbrauch Befriedigung verlangen.

Gerade an letzterer Stelle kommt der Gegensatz im Sprachgebrauch: „Das Recht des Niessbrauchers braucht von den andern Berechtigten nicht berücksichtigt werden", „wirkt nicht gegen diese — (also auch nicht nach § 771 C.P.O.)" gegenüber dem: „Der Niessbraucher ist den Gläubigern gegenüber zum Ersatz verpflichtet", scharf zum Ausdruck. Es wird deswegen nicht nötig sein, so zu konstruieren: Die auf Grund des Niessbrauchs gegebene Verbindlichkeit der Dritten auf Unterlassung der Störung cessiert den Gläubigern gegenüber deswegen, weil ihnen ein neuer, weiterer Anspruch auf Zwangsvollstreckung gegeben ist; vielmehr ist die einfachere Konstruktion näherliegend und vorzuziehen: „Das Recht des Niessbrauchers wirkt überhaupt nicht gegen diese Gläubiger"[1]).

1) Wendt S. 21 schliesst aus der von der C.P.O. bestimmten Verschiedenheit zwischen der Nutzniessung des Vaters am Kindsvermögen (kein Titel gegen den Vater ist nötig, C.P.O. § 746) und der Nutzniessung und Verwaltung des Mannes am Vermögen der Ehefrau — (Titel ist erforderlich § 739 ss.), dass die Verurteilung des Mannes in diesen Fällen auf einer privatrechtlichen Verpflichtung beruhe. Vielleicht lässt sich aber zur ausreichenden Erklärung des Unterschieds — ohne Heranziehung einer konstitutiv gesetzten Verpflichtung, — gerade die von Wendt selbst gemachte Bemerkung verwenden, dass die Notwendigkeit, bei den ehegüterrechtlichen Verhältnissen einen Titel zu ver-

II. 1. Verbindlichkeit und Verpflichteter ist für die Fälle II 2 a u. b stets präzis, mit für den Rechtsweg durchaus ausreichender Schärfe, bezeichnet; für die Fälle 2 a nennt das Gesetz: den Besitzer, den Störer; den zur Duldung verpflichteten Eigentümer, den dem Vorkaufsrechte gegenüber Verpflichteten, sowie den Dritten, den Käufer: den Eigentümer des der Reallast, der Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld haftenden Grundstücks, den Eigentümer der verpfändeten beweglichen Sache.

Und zwar ist in den Fällen 2 a die Verbindlichkeit auf das dem Recht entsprechende Verhalten gegeben nur auf Grund dessen, dass der dem Recht nicht entsprechende Zustand sich gerade in dem Gegner verkörpert — sonach ohne dessen Widerrechtlichkeit oder Verschulden, ja ohne eine Handlung; z. B. die Vindicatio gegen den Finder, den Mieter; gegen den Besitzer, der, zuvor Eigentümer, gemäss § 930 veräussert hat; die Zwangsvollstreckung gegen den nicht persönlich haftenden Eigentümer des Grundstücks.

In den Fällen 2 b ist noch qualifizierend etwas hinzugetreten, was dem Gegner eine Verpflichtung auferlegt, nämlich entweder ein irgendwelches Verschulden (schuldhafte Beschädigung, schuldhafter Irrtum, Verletzung der durch Rechtshängigkeit oder wissentlich unberechtigten Besitz gegebenen Diligenzpflicht, Schaden verursachender Verzug) oder, ohne solches Verschulden, die Rechtshängigkeit.

2. Die unter 2 a bezeichneten Ansprüche erfahren im Folgenden eine eingehende Behandlung; hier wird zunächst auf die

langen, dadurch gegeben war, dass die Fälle verschiedenartig sind und die teilweise sehr subtile Unterscheidung nicht dem Ermessen des Gerichtsvollziehers überlassen werden sollte; und die Auffassung, dass in den erwähnten Fällen nicht eine neue, selbständige Duldungsfrist des Nutzungsberechtigten, sondern lediglich ein Zurückweichen seines Rechts vorliege, wird gerade dadurch bestätigt, dass die C.P.O. zulässt, dass in das der elterlichen Nutzniessung unterliegende Vermögen ohne Titel gegen den Nutzniesser vollstreckt wird: aus § 746 verbunden mit 750 ergiebt sich daher, dass die C.P.O. den Vater nicht als den, g e g e n welchen die Zwangsvollstreckung gerichtet, d. h. der in einem Recht verletzt ist, ansieht; dass sie also sein Recht als gar nicht von der Zwangsvollstreckung berührt, also überhaupt nicht an diese heranreichend, auffasst.

Darin ist allerdings Wendt ibid. voll beizustimmen, dass richtige neben dem unbeschränkten Eigentums- und Verfügungsrecht bestehende Duldungspflichten sich aus den Wegnahme- und Einsichtsrechten § 867. 1005. 716. 809 sf. als deren Gegenstücke ergeben.

kürzer zu erledigenden, unter 2 b bezeichneten Erweiterungen des Anspruchs aus dem Eigentum eingegangen.

a) Auch diese werden als Ansprüche aus dem Eigentum bezeichnet; analoge entsprechende Ansprüche erwachsen auch aus anderen dinglichen Rechten, nämlich nach

1011 aus dem Miteigentum,
1017 aus dem Erbbaurecht,
1056 aus dem Niessbrauch,
1227 aus dem Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Für das Schiffspfandrecht wird nach 1266, 1227 das im § 987 ss. enthaltene Prinzip wohl insoferne und insoweit durchgreifen, als der Eigentümer der verpfändeten Sachen weiss, dass er die Sachen zu Gunsten des Pfandgläubigers in ihrem wirtschaftlichen Wert zu erhalten hat und dass er daher, etwa für weggebrachte Zubehörden, irgendwelchen Ersatz zu leisten haben werde. Auf das Hypothekenrecht — und gemäss § 1107 auf die Reallasten — finden die §§ 987 ss. keine Anwendung [1]); ebensowenig auf die Grunddienstbarkeiten (auf Grund von 1027 und 1004) und die persönlichen Dienstbarkeiten (ebenso gemäss § 1090, 2).

b) Bei Beurteilung dieser Fälle kann der Einfachheit halber von 987 ss. ausgegangen werden.

In diesen Fällen erscheint das Recht an der — mittenweile vielleicht bereits untergegangenen — Sache und der Besitz derselben, zur Zeit der qualifizierenden Thatsache, s. o. S. 24 — wenn überhaupt mit klagbegründend, so doch nur als die Vorbedingung für eine, durch diese Thatsache begründete, anstatt oder neben der primären, auf Herstellung des dem Eigentum oder dinglichen Rechte zur Zeit der Klage entsprechenden Zustandes an der Sache selbst gerichteten Leistung, auferlegte Ersatzpflicht. So werden z. B. im Fall des § 987 die herauszugebenden Früchte gar nicht auf Grund des Eigentums gefordert; denn sie sind gemäss § 955 Satz 1 und 2 vielmehr Eigentum des Besitzers geworden, da die Rechtshängigkeit dessen guten Glauben an sein Besitzrecht nicht notwendig stören muss. Auch in § 987, 2, wo Ersatz für nicht gezogene Früchte verlangt wird, wird nicht etwa Eigentum geltend gemacht. Ebenso Planck § 993, 1 und 2.

1) Aehnlich ist nur die Bestimmung des § 1133; die sich hier nahelegende Frage, ob die hier vorgesehene Setzung einer Frist zur Gefährdungsbeseitigung auch für den Fall der nach § 1135 beseitigten Zubehörstücke zuzulassen sei, ist zu bejahen; des Weiteren über § 1135 s. unten S. 107 ss.

Es widerstrebt nun dem Gefühl, als Gegenstand eines dinglichen Anspruchs etwas anderes als die von ihm beherrschte Sache selbst anzusehen; es widerstrebt ebenso, als dingliche Ansprüche auch diejenigen zu bezeichnen, welche auf andere Leistungen als Herstellung des dem dinglichen Recht entsprechenden Zustands an der Sache, insbesondere auf gewöhnliche Geld- (d. h. Gattungs-) Leistungen gehen;

ebenso Hellwig S. 33.

siehe auch Zitelmann, Intern.Pr.R. S. 238 ss., insbesondere 237. 239[1]).

c) Der Grund für dieses Widerstreben liegt darin, dass das Eigentum und die anderen dinglichen Rechte die Sache in ihrem jeweils gegebenen gegenwärtigen Zustand beherrschen, somit durch eine Aenderung des Zustandes der Sache — sei es der örtlichen Lage, sei es der Qualität oder Integrität derselben, — nicht berührt werden, und dass daher, solang dem Berechtigten die durch das Recht bezweckte rechtliche Einwirkung auf die Sache — unangesehen ihren wirtschaftlichen Zustand — möglich bleibt, der thatsächliche Zustand der Sache für das Recht gleichgiltig ist[2]). Wäre dem nicht so, so könnte z. B. mit der Klage aus dem Eigentum, auch wenn der Eigentümer Besitzer, und eine dauernde oder Wiederholung drohende Störung nicht gegeben ist, der Ersatz für eine den Besitzstand nicht beeinflussende Beschädigung, z. B. Einwerfen einer Fensterscheibe, verlangt werden.

cf. z. B. Wd. § 198 N 5: zur Geltendmachung des Schadensersatzes neben der Negatoria ist culpa erfordert.

Kuntze, die Obl. S. 49;

---

1) A. M. scheint zunächst Rümelin, Obl. u. Haftg. Arch. f. C.Pr. S. 187, „auch der dingliche Anspruch kann auf das Interesse, auf Geld, auf Zinsen gerichtet sein". Windscheid § 192 Abs. 2.

2) Dass eine Verpflichtung auf Erhaltung oder Wiederherstellung des wirtschaftlichen, nicht bloss des dem abstrakten Recht entsprechenden, Zustandes vom B.G.B. n i c h t als Inhalt des Rechts selbst und Gegenstand des dinglichen Anspruchs aus demselben betrachtet wird, ergiebt sich deutlich aus § 1021, 1022:

Hier wird die Verpflichtung der Erhaltung der Anlage nicht als Inhalt der Grunddienstbarkeit, sondern als Inhalt einer besonderen eigenen Verpflichtung „nicht dienstbarkeits- sondern reallastähnlich" 1021, 2 aufgefasst cf. auch § 1133.

Es ist übrigens oft kaum bestimmt zu sagen, was als reiner und was als modifizierter Eigentumsanspruch bezeichnet werden muss.

Ueber § 1134. 35, welche die Klage auf Verbesserung u. s. f. nicht unter allen Umständen gewähren, siehe unten S. 107 ff. Uebereinstimmend Thon S. 181; ein ähnlicher Gedanke daselbst S. 52 N. 131.

Es erweist sich zugleich, dass in all den Fällen, wo der Anspruch nicht oder nicht bloss auf eine Leistung an der Sache selbst geht, immer solche qualifizierende Thatsachen vorliegen:

987, 2 Rechtshängigkeit, welche die Pflicht auferlegt, mit Sorgfalt die Sache samt Früchten zu erhalten;

988. 993 ungerechtfertigte Bereicherung;

989. 990. 991 Verschulden, sei es in der Behandlung der Sache oder hinsichtlich des Irrtums über das Recht zum Besitz;

991. 2 Setzt einen direkten Anspruch des Eigentümers, auf Ersatz des zunächst nur dem mittelbaren Besitzer gegenüber vertretbaren Schadens: hier wird einfach dem Eigentümer zu einer, an sich nicht ihm, sondern nur dem mittelbaren Besitzer auf Grund des zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Besitzer bestehenden obligatorischen Rechtsverhältnisses zustehenden Forderung die Aktivlegitimation eingeräumt. (Eine ähnliche Uebertragung der Aktiv-Legitimation findet sich in 1088, Zinsenanspruch der Gläubiger des Eigentümers);

992 Strafbare Eigenmacht bei Besitzverschaffung.

α. Diese Ansprüche haben sonach

1. einen bestimmten Gegner,

2. einen bestimmten, ausserhalb des rein sachenrechtlichen Verhältnisses (Eigentum ohne Besitz, Besitz ohne Eigentum) liegenden Grund,

3. eine, von der reinen Durchführung des Sachenrechts, auf Herstellung des Zustands an der Sache, durchaus verschiedene, nicht aus dem Wesen des Sachenrechts, siehe b, zu erklärende Wirkung.

Hienach erweist sich die schon durch § 2. 1. Ziff. 3 gegebene formelle Notwendigkeit, die Ansprüche als aus dem sachenrechtlichen Gebiet herausfallend, als gewöhnliche obligatorische zu behandeln, auch materiell begründet, — deswegen, weil die dem ursprünglichen sachenrechtlichen Anspruch widerfahrene Veränderung durch Einwirkung solcher Thatsachen entstand, welchen auch sonst die Begründung obligatorischer Rechtsverhältnisse zugeschrieben wird.

β. Das römische Recht hatte die neben dem Herausgabe-

Anspruch noch gegebenen Ansprüche auf restitutio omnis causae, — darunter auch solcher Früchte, die hätten gezogen werden sollen oder können, aber nicht gezogen wurden —, ziemlich übereinstimmend mit den §§ 987 ff. geregelt. Bezüglich der Richtigkeit der soeben unter α. gegebenen Subsumption wird daher ein Zweifel dadurch erweckt, dass Windscheid § 192 s. f. den Eigentumsanspruch immer, was auch sein Inhalt sein möge, als dinglichen, nicht persönlichen, Anspruch, bezeichnet; ebenso

Dernburg, Pand. II § 1 Anmerkung 12: „Die Ausdehnung gewisser allgemeiner Grundsätze, die sich bei den Obligationen entwickelt haben, auf die Ansprüche aus dinglichen Rechten rechtfertigt nicht, sie geradezu den Obligationen zu unterstellen. Die Obligationen sind besondere Rechtsverhältnisse zwischen zwei Personen, die dinglichen Ansprüche sind aus einem Rechtsverhältnis anderer Art, dem dinglichen Recht, abgeleitet. Dies ist eine wichtige und grundsätzliche Unterscheidung: deswegen war jedenfalls den Römern die Unterstellung der dinglichen Ansprüche unter die Obligationen fremd, die Subsumption muss aber auf den historisch gegebenen Anhaltspunkten fussen."

Es ist aber auch für das römische Recht wahr, dass die Restitutionspflicht des Besitzers an den redlich gezogenen und vorhandenen Früchten nicht auf Eigentum des Eigentümers der Hauptsache gestützt werden kann, — denn soweit die Früchte zur Zeit der Klagerhebung schon entstanden waren, waren sie auf Grund des guten Glaubens schon mit der Trennung Eigentum des Besitzers geworden:

Dernburg, Pand. § 205 Ziff. 5

Windscheid § 186 Note 13.

Da die Erklärung, „mit der Rechtzeitigkeit und dem Aufhören des guten Glaubens sei das Eigentum wieder auf den klagenden Eigentümer der Hauptsache übergegangen" (interimistisches Eigentum, gesetzlicher Eigentumsübergang oder revocables, relatives Eigentum?) immerhin nicht recht plausibel erscheint, so wird zu betonen sein, dass auch die restitutio fructuum exstantium nicht bloss eine Besitzübergabe, — das ist eine Rechtshandlung, wie bei der Hauptsache, — sondern eine Eigentumsübergabe, — somit ein selbständiges Rechtsgeschäft, — enthält; dieses, sowie dass der Name Restitutio, sowohl eine Vindikation als eine Kondiktion umfasst, spricht L. 2. C. 4. 9 sehr bestimmt aus:

Mala fide possidens de proprietate victus exstantibus fructi-

bus vindicatione, consumptis vero condictione conventus horum restitutioni parere compellitur,

und wenn man nun auch nicht diese Stelle dahin auslegen will, dass gerade hier mehrere Prozesse, der eine wegen der Hauptsache, der andere oder zwei andere wegen der Neben-Ansprüche, als geführt angenommen werden, so ist doch immerhin keinerlei Grund für eine Abhängigkeit der Nebenansprüche gegenüber dem Hauptanspruch (die Notwendigkeit der verbundenen Geltendmachung derselben) einzusehen; auch bei getrennten Prozessen greift ja die Rechtskraft der Eigentumsfeststellung hinsichtlich der Hauptsache auch für den zwischen denselben Gegnern über die Früchte der Sache geführten Streit durch.

Bei dieser Sachlage müsste wohl schon für's römische Recht die Unmöglichkeit der Trennung ausdrücklich ausgesprochen worden sein, und es ist deshalb Windscheids — der herrschenden Meinung entgegenstehendem — Zugeständnisse, wonach die getrennte Einforderung zulässig ist, — Pand. § 185 Nro. 15 s. f. — durchaus beizupflichten.

cf. auch Seuff. Archiv Band 36 Nro. 31.

Diese aber, sowie die anderweitig von Windscheid gebrauchten Ausdrücke:

„Es tritt ein Anspruch auf Interesse „hinzu", (§ 193 sf.).
„Der unredliche Besitzer „haftet" wegen Nachlässigkeit";
„Das „dingliche Recht" nach Verletzung enthält einen Anspruch auf: . . . . . und die damit zusammenhängenden Leistungen" § 122 Nro. 3 s. f."

nimmt der oben citierten Stelle Wd. § 192, und ebenso dem Dernburgischen Protest, so ziemlich alles Gewicht für unsere Frage nach der Natur der an die Stelle oder hinzutretenden Ansprüche.

Es ist denn auch kein Zweifel, dass bei einer gegen die Konkursmasse gerichteten Vindikation, die verschiedenen Teilansprüche durchaus verschieden behandelt werden, dass insbesondere für die vom gutgläubigen Besitzer nach dem Prozessbeginn nicht gezogenen Früchte, nur eine Entschädigungs-, also Konkurs-, Forderung besteht, und dass auch für die fructus apud bonae fidei possessorem exstantes, siehe oben, keine utilis vindicatio gegeben ist.

Für das heutige, möglichst technisch genau formulierte, Recht gilt noch viel mehr als für das römische Recht die Erwägung, dass zwei verschiedenartige Ansprüche, wenn nicht eine notwen-

dige Klagehäufung ausdrücklich angeordnet worden ist, getrennt geltend gemacht werden können:

So ist denn auch die Möglichkeit der getrennten Einforderung — oder der Einforderung der Früchte oder des Frucht-Ersatzes allein — anerkannt in dem § 988:

„die er vor Eintritt der Rechtshängigkeit zieht — (nicht „gezogen hat").

Der Ausdruck scheint aus der Auffassung heraus gebraucht zu sein, dass die Verpflichtung auch schon vor der Rechtshängigkeit (sc. der Hauptsache) besteht und dass für den Haupt- und Nebenanspruch nicht eine gemeinsame Rechtshängigkeit erforderlich ist. Ebenso wird ein Erfordernis der Rechtshängigkeit der Hauptsache überhaupt nicht erwähnt in §§ 990. 992, 993.

cc. Es ist demnach nur die bewusste und präzise Konstatierung einer schon im römischen Recht, wenn auch nicht mit durchaus ausreichender Schärfe, ausgesprochenen Auffassung, wenn die Motive zwischen dem „rein dinglichen Anspruch" (siehe unten) und den soeben behandelten, weitergehenden, ihrerseits im Eigentum sich gründenden, Ansprüchen unterscheiden, insbesondere das Verhältnis des nicht gutgläubigen Besitzers zum Eigentümer als ein besonderes Legal-Schuldverhältnis bezeichnen, und die Bemerkungen über die den §§ 987 B.G.B. ss. entsprechenden § 930 des Entw., Motive Seite 400, mit der Ueberschrift „Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer" versehen: — Dies Wort hat nach Seite 1 der Motive zum Recht der Schuldverhältnisse zunächst die ganz bestimmte technische Bedeutung — Obligation des alten Rechts. —

— Da sonach innere Gründe, Römisches Recht und die in den Motiven beurkundete Auffassung des Gesetzgebers zusammenstimmen, so besteht die Notwendigkeit, die in den §§ 987 ss gegebenen, und die ihnen „entsprechenden", aus den anderen Sachen-Rechten sich ergebenden, Ansprüche und Verbindlichkeiten[1]) unter die Schuldverhältnisse im Sinne des B.G.B. zu subsumieren, und damit den allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse auf sie in gleicher Weise anzuwenden, wie auf die im zweiten Teile des Rechts der Schuldverhältnisse enthaltenen.

1) § 1011, 1017 Abs. 2; 1027; 1065 (1036); § 1090 Abs. 2 (1027, 1004); 1227, 1231, 1268 (hierüber siehe später beim Pfandrecht).

Ebenso Dernburg Bürgerliches Recht III § 121 IV.,
Oertmann, Vorbemerkungen zum Recht der Schuldverhältnisse Ziff. 3 C.
Cosack § 212 V,
Planck, Vorbemerkung zum VI. Titel 1 b,
Matthias Pand. I Seite 218.
Siehe auch Langheineken, der Urteilsspruch S. 123.

§ 8.

Noch eine weitere, die vorliegende Arbeit sehr vereinfachende, Ausscheidung kann hier vorgenommen werden: die der Ansprüche aus den Rechten an Rechten (incl. Forderung). Bei den Rechten an Rechten fehlt es nämlich sowohl an der vom zu verletzenden Recht beherrschten, vom Eigentümer dem Recht gemäss zu behandelnden oder belassenden Sache, als auch an der Möglichkeit, die fraglichen Rechte in ähnlicher Weise wie die Rechte an körperlicher Sache zu verletzen. Das Recht des Niessbrauchs oder Pfandgläubigers an Recht oder Forderung bewirkt zunächst nicht einen Anspruch auf irgend welches Verhalten des Bestellers, vielmehr sofort eine „Aktivlegitimation" des Berechtigten; und diese schliesst eine Verfügung des Forderungs- oder Rechts-Subjekts (welche bei den Sachenrechten zwar nur salvo jure erfolgen soll, aber immerhin noch möglich ist) von vornherein aus. Da Fremde an der Forderung keinerlei Legitimation, also auch keinerlei Einwirkung haben, so kann man sagen, dass eine Verletzung der fraglichen Rechte eigentlich gar nicht möglich ist.

So spricht denn auch Cosack § 170 Ziff. 5 geradezu aus, dass diese Rechte gar nicht ins Sachenrecht gehören; Dernburg Sachenrecht Seite 177 erklärt, dass das Pfandrecht am Recht kein Sachenrecht im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuches, vielmehr seinem Begriff und Wesen durchaus entgegen sei.

Biermann, welcher die Frage, ob Recht am Recht oder unmittelbar an der Sache, noch für verfrüht hält, zitiert sowohl für den Niessbrauch (bei § 1068) als für das Pfandrecht (1273) unter den analoge Anwendung findenden Vorschriften, nicht die §§ 985, 1065, 1227.

Die Ansprüche auf Mitwirkung zur Kündigung, Einziehung, Hinterlegung oder Wiederanlegung des Kapitals aber unterscheiden sich in gar keiner Weise von den gewöhnlichen obligatorischen. Sie sind nur für das Verhältnis des Berechtigten zum Subjekt des

Rechts, und zwar auf Grund des, und zur Regelung des, zwischen beiden in Folge der Belastung des Rechts entstehenden Verhältnisses gegeben (— cf. Ryk, Seite 29 —) und lassen sich durchaus nicht unter d e n Gesichtspunkt bringen, dass der Verpflichtete „das Recht in einen entsprechenden Zustand zu bringen oder darin zu belassen habe." So müssen daher ebenso sicher wie die oben § 7 besprochenen Ansprüche, den übrigen obligatorischen gleich behandelt werden.

Drittes Kapitel.

Das Thema: §§ 9—18.

§ 9.

Vorbemerkung und Disposition.

I. Für unsere Frage nach der Anwendbarkeit des allgemeinen Teils des Obligationsrechtes auf die dinglichen Ansprüche ist in so ferne schon vorgearbeitet, als Rümelin, im Archiv für civilistische Praxis Band 68 die richtige, übrigens nicht gerade neue Bemerkung, „dass nicht alle im allgemeinen Teile des Obligationsrechts bestimmten Sätze auf a l l e im Obligationsrecht behandelten, obligatorischen Verbindlichkeiten, Anwendung finden, dahin ausgedehnt hat, dass Einzelne dieser Sätze auch über das Obligationsrecht hinaus Anwendung, — und zwar nicht nur analoge, sondern directe Anwendung, — finden.

Es wäre nun zulässig, die Aufgabe so zu behandeln, dass man sofort jeden Satz des allgemeinen Teils des Obligationsrechts der Reihe nach auf seine Anwendbarkeit auf die einzelnen sachenrechtlichen Ansprüche prüfte: vorsichtiger und zugleich logisch korrekter erscheint es, zunächst zu untersuchen, ob nicht einer solchen einzelnen Anwendung das a l l g e m e i n e Hindernis entgegensteht, dass irgend welche einheitlichen Eigenschaften der sog. dinglichen Ansprüche prinzipiell mit der Anwendung obligationsrechtlicher Vorschriften unvereinbar sind.

II. Diese vor allem vorzunehmende Prüfung ist Gegenstand der vorliegenden Studie. Die Reihenfolge der einzelnen Untersuchungen kann im wesentlichen nach der Anordnung des Gesetzes erfolgen; gewisse Umstellungen ergeben sich übrigens aus dem inneren Zusammenhang der einzelnen Materien: die Arbeit befolgt daher folgende Anordnung:

1. Die einzelnen Sachen-Rechte.

a) Das Recht des Eigentümers, mit der Herausgabe-Pflicht, Unterlassungspflicht und Beseitigungspflicht.
b) Die Rechte aus den Dienstbarkeiten.
c) Das Recht der Pfandgläubiger.
   1. Das Pfandrecht an unbeweglichen Sachen; Verkaufsrecht, Herausgabeforderung.
   2. Das Pfandrecht an den beweglichen Sachen,
   3. anschliessend das Recht der Reallasten.

2. Die aus der Grundbuch-Einrichtung sich ergebenden Rechte, Befugnisse und Verbindlichkeiten; hieran anschliessend das dingliche Vorkaufsrecht.

Besonderer Raum wird aber dem Anspruch aus dem Eigentum gewidmet werden müssen: einmal aus dem mehr prinzipiellen Grund, dass andere Ansprüche ebenso wie die sie begründenden Rechte dem Eigentum und Eigentumsanspruch analog sind und behandelt werden, und dann aus dem thatsächlichen Grunde, weil der Anspruch aus dem Eigentum der einzige ist, für den mehr Anhaltspunkte in der Gesetzgebung und Litteratur gegeben sind.

Erster Abschnitt.

Die materiellrechtlichen Ansprüche.

Erster Unterabschnitt.

Die Ansprüche aus dem Eigentum §§ 985, 986, 1004.

§ 10.

Allgemeines.

Hinsichtlich der dem dinglichen Recht entsprechenden Verbindlichkeiten, wie man sie auch nennen will, besteht auf den ersten Augenschein hin auf allen Seiten Einigkeit darüber, dass dieselben etwas ganz anderes, durchaus Verschiedenes, gegenüber denjenigen Verbindlichkeiten sind, welche der persönlichen, einer Obligation entsprungenen Forderung entsprechen. Anstatt vieler, genügt es hier, Windscheid zu zitieren, „die Actio“ Seite 20. „Die Unterscheidung der einen und anderen Art von Verpflichtung ist die Grundlage einer jeden gesunden Jurisprudenz.“

In der That scheint sich auch zunächst kein grösserer Gegensatz denken zu lassen als derjenige zwischen dem gleichmässig ruhigen, in jedem Augenblick sich erneuernden, sämtlichen Dritten — mindestens den Rechtsgenossen — gegenübertretenden, fortwirkenden Eigentumsschutz, — gegenüber der, nur zwischen Per-

son und Person begründeten, auf eine generisch bestimmte Handlung gehenden, gewöhnlich alsbald der Verjährung unterworfenen, obligatorischen Forderung.

Und doch hat diese theoretisch so schön und einwandsfrei anmutende Verschiedenartigkeit nicht bloss im täglichen Leben, d. h. in Gesetz und Praxis, sondern auch in der Theorie selbst Abbruch erfahren.

Rein und unmodifiziert würde die Macht des Eigentums dahin wirken, dass der Eigentümer allen Dritten gegenüber seine Sache ohne weiteres wegzunehmen, jeder Dritte die, selbst gewaltsame, Wegnahme ohne weiteres zu dulden hätte: so würde der einzelne Dritte nur als ein vom Eigentümerrecht zu überwindendes Objekt erscheinen, dem eben wegen seiner Bedeutungslosigkeit auch nicht irgend welche active Verpflichtung, sondern nur die, einen Widerstand zu unterlassen, als reine Passivität, thatlose Duldung der Rechtsbethätigung des Eigentümers, auferlegt wäre.

Wo aber findet sich solche uneingeschränkte Freiheit des Eigentümers? Nirgends, wo einmal in seinen Besitz eingegriffen ist, soferne nur gerichtliche Hilfe rechtzeitig zu erlangen.

Der Gegner aber, der in das Eigentum, wenn auch schuldlos, eingegriffen hat, steht dadurch dem Eigentümer ganz anders, viel persönlicher, gegenüber als die anderen Rechtsgenossen: gegen ihn persönlich geht nun ein Anspruch, und zwar nicht bloss auf Dulden einer corrigierenden Handlung des Eigentümers, sondern auch auf Wiederherstellung, d. i. auf ein Handeln. Windscheid selbst, Actio Seite 122, kann nicht umhin, das hier dem Eigentümer erwachsene Vermögensrecht als ein Forderungsrecht, als einen Anspruch gegen jenen Einzelnen zu bezeichnen:

Hiebei greift er selbst zurück auf die anfangs der „Actio“ aufgestellte strenge Verschiedenheit zwischen persönlichem und unpersönlichem Recht, actio in rem und in personam, — der Unterschied zwischen dem ursprünglichen und dem neuen, nach der Störung verlangten, Verhalten kann also gar nicht schärfer zum Ausdruck gebracht werden: der dingliche Anspruch, der ursprünglich nur auf Unterlassen geht, hat sich, und zwar ohne dass ein Verschulden nötig, in einen Anspruch auf Wiederherstellung, Wiederaufhebung der Verletzung „verwandelt“.

Siehe Windscheid, noch in den Pand. § 43 Note 7.

Diese Einräumung — doppelt wichtig durch die Persönlich-

keit des Einräumenden — begründet schon an sich eine starke Vermutung dafür, dass auch das Gesetz dem theoretischen Postulat nicht gerecht werden konnte; und in der That ist weder im römischen Recht, wie es bei Justinian steht, noch im heutigen neuen Recht mehr viel von dem immer und allseitig gleichen, alle Augenblicke gleichmässig sich erneuernden, unpersönlichen Dahinfluten des Eigentums vorzufinden.

§ 11.

Der Anspruch auf Herausgabe in seiner Gestalt nach dem B.G.B.

A. Verjährungsfähigkeit; sein Verhalten bei Wechsel und Ende des Besitzes.

I. 1. Schon mit der fortwährenden, zeitlich unbeschränkten Erneuerung des Anspruchs aus dem Eigentum konnte weder das römische Recht noch das B.G.B. durchkommen:

Vielmehr wurde das Bedürfnis der Verjährbarkeit empfunden, zwar nicht für das Eigentumsrecht selbst, wohl aber für die aus ihm hervorgehenden Ansprüche.

Dies liess sich so konstruieren, dass etwa in jedem Moment des fremden Besitzes neue, verjährungsfähige Eigentumsansprüche als entstehend gedacht würden, so dass erst mit der Verjährung des Letzt-Entstandenen das Recht des Eigentümers machtlos geworden wäre; vielmehr aber lässt das Gesetz noch während der Besitzzeit des Gegners, also während nach obiger Auffassung fortgesetzt neue Eigentumsansprüche entstünden, die Verjährung vollendet sein:

Es ist also statt der einzelnen Ansprüche ein einziger Anspruch — über dessen Inhalt siehe später — angenommen worden, der seine grösste Eigentümlichkeit gegenüber anderen Ansprüchen in der Abhängigkeit hat, in welcher er zum Besitz der Sache steht.

2. Es ist nicht ganz leicht, festzusetzen, wie weit das B.G.B. eine Einheit des Herausgabeanspruchs bei Wechsel des Besitzes angenommen hat. Es ist nun zwar zur Frage der Einheit bei sämtlichen Rechtsgebilden der Bemerkung von Hölder, Juristenzeitung Jahrgang Nro. V Seite 102 beizupflichten, „Dass die Einheitlichkeit oder Identität immer eine Fiktion ist, welche ebensogut ersetzt werden könnte durch den Anspruch: das Recht behandelt den neuen Anspruch als Fortsetzung des alten“. Dieser Vorbehalt aber vermindert die Wichtigkeit der von Gesetz und Praxis nun ein-

mal angenommenen oder fingierten Einheitlichkeit, Identität (z. B. einer Forderung) um Nichts; vergl. nur z. B. die Prozessvorschriften über Haupt- und Nebenintervention).

Massgebend sind zunächst folgende Stellen:

a) § 194 „Das Recht, von einem Andern ein Thun oder Unterlassen zu verlangen."

b) § 985 „Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen. — Würde man aus a und b einfach den Schluss zu ziehen haben: „Also liegt, wenn der Besitz des ersteren erlischt, das Ende einer Verbindlichkeit, und wenn ein anderer dann Besitzer wird, das Beginnen einer neuen Verbindlichkeit vor", — so wäre damit, neben der Konstituierung des Einen, vom Besitzbeginn datierenden Anspruchs, noch ein weiterer Schluss in der Richtung gemacht, einfach lauter einzelne, allerdings mit einem besonderen Endigungsgrund „Besitzverlust" ausgestattete Einzelobligationen — (Legal-Obligationen) — anzunehmen.

c) § 986 Abs. 2 „Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe" — soll zunächst ausser der Betrachtung bleiben, weil zuerst der ipso jure erfolgende Uebergang oder Untergang des Anspruchs — ohne die Einwirkung der Parteiwillkür — zu untersuchen ist, — und weil im § 986 Abs. 2 nichts Sicheres über die active Seite des Anspruchs, die hier zunächst allein interessiert, gesagt ist.

d) § 221. „Gelangt eine Sache, in Ansehung deren ein dinglicher Anspruch besteht, durch Rechtsnachfolge in den Besitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Verjährungszeit dem Rechtsnachfolger zu statten. —

3. a) § 221 enthält sich eines direkten Ausspruchs über die Einheitlichkeit des Anspruchs. Immerhin zieht Planck, zu § 221, aus der Bestimmung den Schluss, dass „der gegen den neuen Besitzer begründete Anspruch" so behandelt werde, „als wenn es derselbe wäre, der schon gegen den früheren Besitzer begründet war". „Daher(!) kommt dem Rechtsnachfolger die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Verjährungszeit zu statten." — Und er verwendet die Stelle andererseits, zu § 194 Ziff. 3 s. f., zur Konstruktion eines neuen Anspruchs gegenüber demjenigen, welcher später in den Besitz der Sache kommt, ohne Rechtsnachfolger (über den Begriff „Rechtsnachfolger" s. unten d) Anm. S. 38), des Vorbesitzers zu sein.

Ebenso Cosack § 174 IV Ziff. 3.

b) Hölder, zu § 194 Ziff. 1b Seite 411, dagegen nimmt auf Grund des § 194: „der Anspruch geht gegen einen bestimmten „Andern", an, dass bei jedem neuen Besitzer ein neuer Anspruch gegeben sei.

In der That würde man es als auffällig bezeichnen müssen, wenn für die Frage nach der Natur des dem nicht — oder nicht mehr — besitzenden Eigentümer gegen den oder die Besitzer zustehenden Anspruchs nicht das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer, sondern das Verhältnis zwischen den Besitzern unter sich massgebend sein sollte.

c) Die Motive I Seite 341 sind nicht recht klar.

1) „Kommt die an den Dritten veräusserte Sache infolge der „später eintretenden Unwirksamkeit der Uebertragung (An„fechtung wegen Betrugs, Eintritt einer auflösenden Bedin„gung u. s. w.) von einem Dritten in den Besitz des Ver„äusserers zurück, so ist letzterer insoweit nicht Rechtsnach„folger des Dritten. Die Vorschriften des § 181 — gleich „221 — finden daher keine Anwendung. Gleichwohl kann nicht „zweifelhaft sein, dass die Zeit, innerhalb welcher die Sache „bei einem Dritten sich befunden hat, in die Verjährungs„zeit einzurechnen ist; der Umstand, dass der Dritte die „Sache hatte, begründet weder eine Hemmung noch Unter„brechung der Verjährung des gegen den Veräusserer be„stehenden Anspruchs."

Einesteils wurde weiter oben anscheinend angenommen, dass dem nächsten Besitzer gegenüber ein neuer Anspruch vorliege; demnach muss der Anspruch an den ersten Besitzer, von dem dieser jetzt befreit ist, als erloschen betrachtet werden: in der That ist ja dieser auch nicht mehr notwendig Besitzer, etwa mittelbarer Besitzer; es ist im Gegenteil angenommen, dass die Besitzveränderung auf Grund einer Veräusserung, also zu eigenem selbständigem Recht, erfolgt ist; — nun wird aber der Anspruch in Folge davon, dass der erste Besitzer wegen Unwirksamkeit der der Besitz-Uebertragung zu Grunde liegenden Causa (!) wieder, ob mit oder gegen den Willen des Erwerbers, Besitzer geworden ist, als fortlebend gedacht; anders lässt sich der oben citierte letzte Halbsatz nicht auslegen.

Hier ist also anscheinend, im Widerspruch mit der oben angenommenen Verschiedenheit der Ansprüche, und mit dem Erlöschen der ersteren in Folge des Besitzverlustes, nun in Folge

des wiedererlangten Besitzes, plötzlich der erstere Anspruch als fortdauernd, — oder wiederauflebend? — angenommen: Diese Konstruktion muss zunächst, — siehe übrigens Seite 43 Z. 3. 4 — als so auffällig gelten, dass sie mangels näheren Anhalts im Gesetzes-Text zunächst nicht zu berücksichtigen ist.

Die Kommissions-Protokolle schweigen; doch lässt sich dieses Schweigen nicht im einen oder anderen Sinne verwerten.

d) Man bleibt also für die Frage auf den Gesetzestext angewiesen, und hier ergiebt sich aus dem nahe liegenden Zusammenhalt mit § 194 folgendes:

Was dinglicher Anspruch ist, definiert § 194 und 221 nicht. Es bedarf übrigens hier, nach oben § 1 s. f. S. 3, keiner weiteren Ausführung, dass auch der reine, von Verschulden oder Rechtshängigkeit unbeeinflusste Anspruch aus dem Eigentum, § 985, ein „dinglicher" im Sinne der §§ 221 und 194 sein muss.

Der Anspruch des § 194 geht zunächst gegen einen concret bestimmten Anderen, von welchem die fragliche Handlung oder Unterlassung zu verlangen ist. Im Vergleich zu diesem Anspruch ist nun jedes Forderungsrecht an eine concret bezeichnete anderweitige Person (— welche nicht etwa einfach durch Gesetz oder Vertrag in den alten Anspruch eingetreten ist und diesen daher auf sich erstreckt hat —) ein neuer Anspruch; wenn ein solcher gesetzlicher oder vertragsmässiger Eintritt nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, so kann nicht angenommen werden, dass ein Anspruch, wenn auch aus demselben Eigentum, so doch gegen einen anderen Besitzer, doch der alte ursprüngliche Anspruch sei: der erste Besitzer aber ist nun gemäss § 985, da nicht mehr Besitzer, von dem Anspruch frei geworden, der alte Eigentumsanspruch gegen den alten Besitzer ist erloschen[1]).

1) Die Kontroverse über den Begriff der Rechtsnachfolge zwischen Hölder und Planck — (Hölder zu § 221 s. f. ist wohl beizupflichten, da der Beweis, dass unter Rechtsnachfolge etwas weiteres als „Rechtsnachfolge in den Besitz", § 999, zu verstehen sei, von Planck nicht erbracht ist) — kann hier nicht eingehend erörtert werden; zunächst möchte man zwar denken, aus dem oben citierten Satz der Motive ergebe sich, dass sie mit dem Wort Rechtsnachfolge nicht auch den vermittelten Besitz bezeichnen wollen; die weitere Ueberlegung zeigt aber, dass die Stelle zum Nachweis dieser Auffassung nicht ausreicht, weil die Motive die Fälle: Unten Ziff. 4 a und 4 b nicht unterscheiden. Es ist auch eigentümlich, dass sie, während der Begriff der Rechtsnachfolge offenbar nicht durchgreifend erscheint, doch eine weitere

4. Diese sonach anzunehmende Entstehung einzelner neuer Ansprüche lässt sich auch mit der von den Motiven gewünschten Einwirkung der verflossenen Zwischenzeit zu Gunsten des ersten Besitzers ganz gut in Einklang bringen: da der erste Besitzer mit der Besitzweitergabe selbst das Eigentum durch Zuwiderhandlung verletzt, so ist es nicht unbillig, dass ihm die dadurch vermittelten ferneren Eigentumsverletzungen sowohl zu seinen Gunsten, wie zu seinen Ungunsten zugerechnet werden.

a) α. Erhält der erste Besitzer den Besitz zurück infolge der Unwirksamkeit des die Hingabe veranlassenden Rechtsgeschäfts, so wird jener Hingabe auch eine Rückgabe oder ein Rücknehmen mit Willen und Wissen des Gegners entsprechen (auch bei Wegnahme durch staatliche Organe wird von Nachfolge in den Besitz gesprochen werden können); es findet also die Vorschrift des § 221, — die ja zweckmässigerweise nicht eine bestimmte theoretische Konstruktion als ihren Fusspunkt betont, — directe Anwendung.

β. Ebenso, selbstverständlich, bei anderweitiger Besitzübergabe: hier kann sich jedenfalls auch der frühere Besitzer auf die Vorschrift des § 221 ausnahmslos berufen.

b) Für den Erst-Besitzer aber, an den die Sache ohne Besitzvermittlung zurückkommt, lässt sich eben der § 221 überhaupt nicht anwenden, weil er nur das Verhältnis des Besitznachfolgers zum Erstbesitzer und dinglich Berechtigtem, nicht auch das der beiden Letzteren, berührt.

α. Ist zwischen dem Besitze des Zwischenbesitzers und dem späteren Besitz des Erstbesitzers die Sache eine Zeit lang ohne Besitzer, so ist das Eigentum insoferne befriedigt, als keinerlei dem Eigentum zuwiderlaufende Handlung augenblicklich stattfindet, und einer Einwirkung des Eigentümers thatsächlich nichts im Wege steht als die etwa erfolgte — wenn schuldhaft, so obligatorisch zur Rückbringung verpflichtende — Wegbringung, örtliche Veränderung; und es sind die „dinglichen Ansprüche", da augenblicklich kein Besitz vorliegt, sämtlich erloschen. Demnach steht, wenn nun der erste Besitzer — oder jemand anderes — von neuem Besitz erwirbt, ebenso ein neuer, dinglicher Anspruch, eine neue,

konstruktive Regelung für die Einrechnung der Verjährungszeit und das Fortbestehen des Anspruchs durch die Phrase „gleichwohl kann nicht zweifelhaft sein", umgehen.

zur Verwischung durch die Zeit wieder den ganzen Verjährungsraum erfordernde, Rechtsverletzung.

β. Folgt jedoch der Vorbesitzer dem Zwischenbesitzer unmittelbar, so wird meist Uebergabe vorliegen; dann findet, siehe aβ., der § 221 Anwendung.

Liegt aber keine Uebergabe, sondern Wegnahme vor, so ist wohl zu unterscheiden:

1) War der Vorbesitzer dem Zwischenbesitzer gegenüber zur Wegnahme berechtigt, so wird er zuweilen sagen können, der Fall müsse so behandelt werden, als ob der Zwischenbesitzer — wie seine Pflicht — ihm den Besitz freiwillig abgetreten habe; cf. auch § 940 Abs. 2; dann wird ebenfalls Ziff. aβ. Platz greifen.
2) War er es nicht, so ergiebt sich die Frage, ob er nun infolge dessen und gleichsam zur Strafe der Gewaltthätigkeit, gar keine Möglichkeit der Anrechnung haben sollte, oder ob man ihm nicht wenigstens die Besitzzeiten der Zwischenbesitzer anrechnen solle.

   Bei letzterer Behandlung ist das Resultat möglich, dass die gewaltsame Besitzbeschaffung des ursprünglichen Besitzers in der grossen Kette des Besitzwechsels die einzige ist, sonach sämtliche früheren Besitzzeiten ihm zu gut kämen; die erstere Behandlung ist, wie logisch richtig, so auch zweckmässig; denn es besteht ja gar kein Interesse daran, den, wenn auch schon älteren, so doch längst verlorenen und ebensowenig wie die seitherigen Zwischen-Inhabungen berechtigten Besitz zu erhalten.

5. Bei all diesen Ausführungen unter 4. ist übrigens zuzugeben, dass hier im wesentlichen die mehr positive und von gesetzgebungspolitischen Erwägungen abhängige Regelung der Verjährungseinrede, nicht vielmehr die theoretische Konstruktion des oder der Herausgabeansprüche den Ausschlag giebt; dass also aus dem Zutreffen der einen oder andern Lösung noch nicht ohne weiteres ein Schluss auf die theoretische Natur des dinglichen Anspruchs gezogen werden darf. Auch ergiebt sich aus § 221, dass die Verjährung nicht sowohl zu Lasten des Eigentümers, als vielmehr zu Gunsten gewisser Besitzer gegeben ist; dies lässt sich übrigens nicht bloss mit der Annahme vieler, sondern auch mit der Annahme eines einzigen Anspruchs vereinigen.

Beispiele, wo bei gleichartiger Forderung nicht alle Tilgungs-

gründe gleichmässig wirken, finden sich sowohl im Obligationen-Recht (vergl. § 425 hinsichtlich der Gesamt-Schuldverhältnisse)[1]), — als auch im Sachenrecht: vergleiche wieder die demselben Rechtsgebiet entspringenden, hinsichtlich der Verjährung ganz verschieden geregelten §§ 941 Satz 2, § 898, sowie die sorgfältigen Unterscheidungen des § 924, insbesondere den Ausschluss der Verjährung für 907—908, — Nachbarrechtliche Ansprüche auf Nichthalten oder Beseitigung schädlicher Anlagen und auf Schutzvorkehrungen gegen Gefährdung: es können hier lediglich praktische Erwägungen über die Art der Störung gewesen sein, welche den Ausschluss der Verjährung empfahlen.

B. Die Cession der rei vindicatio.

1. Der oben § 10 und oben A. dargestellten theoretischen Konstruktion, Annahme einer unmittelbaren Macht des Eigentumsrechts gegenüber dem Besitzer, würde es entsprechen, dass das Eigentum die Sache immer und unweigerlich an den Eigentümer, und an ihn allein, zurückziehen müsste.

Aber das Bedürfnis des Lebens hat schon das römische Recht darauf geführt, wie sonst im Privatrecht, so auch hier der Disposition der Partei des Eigentümers, freie Hand zu lassen: die Macht des Eigentums ist dem Eigentümer in freie Hand gegeben, der Anspruch des Eigentümers ist übertragbar gewerden:

§ 931: Ist ein Dritter im Besitz der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, dass der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt.

§ 986 Abs. 2: Der Besitzer einer Sache, die nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräussert worden ist, kann dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen.

Hiezu sind zu vergleichen:

§ 413: Die Vorschriften über die Uebertragung von Forderungen

1) Die Gesamtschuldverhältnisse sind ausserdem ein Beispiel dafür, dass die theoretische Beantwortung der Frage, ob Einheit oder Mehrheit der Ansprüche, zeitweise wechselt. Früher überwiegend als einheitliche Obligation aufgefasst, gelten sie jetzt als Mehrheit; Dernburg Schuldverhältnisse § 161 1; cf. Schollmeyer zu § 421 Ziff. 1. Uebrigens wurde auch, solange sie als einheitliche Obligation aufgefasst wurden, trotzdem verschiedene Behandlung hinsichtlich der Verjährung als zulässig angesehen: Windscheid Bd. II § 295 Seite 126 ss; Seite 130 Nro. 11.

finden auf die Uebertragung anderer Rechte Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

§ 399: Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann.

§ 404: Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren.

2. Die oben citierte Vorschrift des § 399 beruht auf einer alten Rechtsregel. Es lässt sich daher um so weniger ein Einwand dagegen ableiten, wenn man aus dem Zusammenhalt von § 399—413 in Verbindung mit der ausdrücklich ausgesprochenen Abtretbarkeit des Eigentumsanspruchs (986—931) den Schluss zieht:

Die Leistung an einen anderen als den Eigentümer erscheint nicht als eine Veränderung des Inhalts des Rechtsverhältnisses: demnach scheint die Leistung *gerade an den Eigentümer* überhaupt dem Anspruch nicht wesentlich: ebensowenig, wie bei einer Forderung auf einen Kaufpreis aus Kaufvertrag an den Verkäufer, braucht die Leistung bei dem Eigentumsanspruch notwendig an den Eigentümer zu erfolgen. —

§ 986 spricht zunächst nur von Abtretung behufs Uebertragung des Eigentums, Veräusserung. Auch bei

§ 931 ist in dem Moment, wo der Anspruch abgetreten wird, das Eigentum noch nicht übergegangen: immerhin erscheint die Eigentumsübertragung bei §§ 931 und 986 lediglich als das *Motiv* für die Abtretung, nicht etwa als eine Bedingung ihrer Zulässigkeit, und daher die Cession auch für andere Fälle zugelassen. So äussern sich auch die Motive. Hier mag noch ausdrücklich betont werden, dass die Eigentumsübertragung durch Vindikations-Cession nur bei Besitz eines anderen, also nur bei bereits entstandener Vindicatio zugelassen ist.

3. Dieser „abgetretene Anspruch“ wird nun, auch in der Hand des neuen Eigentümers und Vindikanten, vom § 986, 2 als identisch mit dem des früheren Vindikanten bezeichnet. Denn, wie in § 404 im Einklang von der ganzen Lehre von der Uebertragung der — im übrigen sich gleich bleibenden — Forderungen der Ausdruck, „*der neue Gläubiger*“ darauf hinweist, dass die abgetretene Forderung dieselbe sei, wie vor der Abtretung, so

wird in § 986 in den Worten „gegen den abgetretenen Anspruch zustehen“ (nicht: „zustanden“) deutlich ausgesprochen, dass dem neuen Eigentümer der alte abgetretene Vindikations-Anspruch zustehen soll.

Hat nun der neue Eigentümer ausser diesem alten, abgetretenen, auch noch auf Grund seines — neuen — Eigentums einen eigenen, neuen Vindikations-Anspruch? Hierüber schweigt das Gesetz, und es ist zu vermuten, dass es, wie so oft, so auch in § 986 Abs. 2 den unbestimmten Ausdruck „dem neuen Eigentümer“ gerade deswegen gewählt hat, um der Wissenschaft und Praxis die theoretische Konstruktion zu überlassen.

Hier erscheint es nun denkbar, auf dreierlei Weise zu konstruieren:

α. So, dass ein, dem neuen Eigentum des Erwerbers entsprechender, neuer Anspruch mit dem Abgetretenen konkurriert, jedoch denselben Einwendungen, wie dieser, ausgesetzt ist;

β. Oder dass ein neuer Anspruch überhaupt, als überflüssig, gar nicht entstehen soll (da ja das Eigentum schon vermittelst des cedierten Anspruchs befriedigt wird?);

γ. Oder aber, dass das Gesetz theoretisch annimmt: Einem Eigentum entspricht als integrierend ein, aber nur Ein Eigentumsanspruch, dessen Subjekte fungibel sind; wie durch Abtretung des Eigentumsanspruchs, Parteiwillen vorausgesetzt, das Eigentum, so geht durch Uebergang des Eigentums der Eigentumsanspruch über, und es ist nun eben wieder Eigentum und Eigentumsanspruch vereinigt.

Es mag übrigens auch die Frage aufgeworfen werden, ob denn die fragliche Stelle sich nicht einfach als ein redaktionelles Versehen erklärt, — zu Stande gekommen dadurch, dass anlässlich der Einheit der die Vindikationsfälle regelnden Norm: „wer ohne Eigentum besitzt, muss zurückgeben“, — Thon S. 223 ff.; S. 174 und 175 —, auch die sich aus der Norm ergebenden einzelnen Ansprüche als „einheitliche“, anstatt bloss als „gleichartige“ bezeichnet wurden.

4. Lässt sich nun aus der Bestimmung der §§ 931 und 986 Abs. 2 ein Schluss darauf ziehen, dass auch bei anderweitigem, insbesondere gesetzlichem, Eigentumsübergang der nun dem neuen, nicht besitzenden, Eigentümer zustehende Eigentumsanspruch derselbe sei, wie der des früheren Eigentümers?

Da es im übrigen Rechtssystem nicht vorkommt, dass der ge-

willkürte Uebergang eines Anspruchs andere Folgen habe, als der gesetzliche, so liegt der Schluss sehr nahe:

„Wenn bei Eigentumsübergang auf Grund willkürlicher Ces-
„sion der Anspruch des neuen Eigentümers derselbe ist, so
„muss auch bei anderweitigem, gesetzlichem Eigentumsüber-
„gang der Vindikations-Anspruch derselbe bleiben".

Immerhin aber macht der Fall des § 931—986 Abs. 2 den Eindruck des Ausnahmsweisen; weitere Anhaltspunkte finden sich für ihn weder im Gesetz, noch in der Litteratur[1]).

a) Deswegen erscheint es zunächst vorsichtiger, nichts weiter festzustellen, als was sich unmittelbar aus dem Gesetz ergiebt; also lediglich:

„Wenn, bei Nichtbesitz des Eigentümers, zwecks Eigentums-
„übertragung die Vindicatio cediert ist, so steht dem neuen
„Eigentümer nicht die neue, sondern die alte Vindicatio zu".

Im Uebrigen muss man sich auf einem so schwierigen Gebiet, welches sowohl für's alte — wie auch für's neue Recht von der Litteratur noch sehr wenig berührt ist, vor übereilten Deduktionen hüten; tritt ein anderer Eigentümer an die Stelle des seitherigen, so liegt eben doch wohl anstatt des seitherigen ein anderer Thatbestand, also auch ein anderer Anspruch vor. So ist auch seither (Windscheid) bei Eigentumswechsel nicht etwa Uebergang der cedierten Vindicatio, sondern ihr Untergang (und also Entstehen einer neuen Vindicatio beim neuen Eigentümer) angenommen worden. —

Für den Fall des Herausgabeanspruchs insbesondere ist noch zu bedenken, dass eben, wenn Ein Eigentumsanspruch gegen sämtliche frühere und spätere Besitzer angenommen werden sollte, hiefür die Möglichkeit einer besitzlosen Zwischenzeit ein sehr grosses Hindernis bietet:

Denn für diese Zwischenzeit müsste man ja nicht Erlöschen, sondern „ein Ruhen" des Anspruchs annehmen, wie es in dieser Art sonst nirgends vorkommt.

Andererseits: sollte der Uebergang desselben Eigentums-Anspruchs im Sinne des § 986, 2 nur eine Ausnahme sein, so hätte diese Ausnahme in dem oben Z. 3 β. Angedeuteten immerhin genügende Begründung. Es ist deswegen, trotz dem oben vor a Bemerkten,

1) Auch Stampe „die Lehre von der Abtretung der Vindicatio" Arch. f. d. c. Pr. Bd. 80 Heft 3 S. 305 ff. — eine sehr eingehende, allerdings andere Ziele verfolgende Schrift, — enthält nichts darüber.

ohne weiteres kein Anlass zur Ausdehnung der aus § 986 Abs. 2 für den Einzelfall zu ziehenden Auffassung gegeben.

b) Lässt sich aus § 986 Abs. 2 somit nicht induktionsweise etwas Positives ableiten, so fragt es sich, ob aus demselben vielleicht Argumenta e contrario entnommen werden können, etwa folgendermassen:

α. „Nur wenn gewillkürter Eigentumsübergang mittelst Vindi„kationscession erfolgt, hat der Besitzer die alten Einreden „gegen den alten Anspruch?

β. „Nur im Falle der Vindikationscession bleibt der An„spruch aus dem Eigentum der alte?

α. Als Beispiel bieten sich zunächst nur die Retentionsrechte wegen Verwendung (§ 999. 273) und wegen Schadensersatz (273 Abs. 2). Das Retentionsrecht wegen Verwendung kann jedoch nicht herangezogen werden, weil § 999 Abs. 2 eine positive Vorschrift dahin giebt, dass ein selbständiger Anspruch, also auch eine selbständige Einrede, gegen den neuen Eigentümer gegeben ist. Aus den Kommissions-Protokollen Seite 4003, Mugdan 685 (Mot. 414. 415, Mugdan 231 enthalten nichts), ergiebt sich, dass bei der Feststellung des (jetzigen) § 999 Abs. 2 nur von praktischen, gesetzgebungspolitischen, Erwägungen ausgegangen, die Seite der systematischen Konstruktion jedoch gänzlich ausser Acht gelassen worden ist; die Stellen lassen sich deswegen auch, als rein positiv, nicht zur Aufklärung unserer Frage verwenden.

Das Retentionsrecht wegen des durch die Sache verursachten Schadens dagegen, § 273 zweiter Fall, bringt den Ausschlag:

Würde bei Eigentumswechsel derselbe Eigentumsanspruch übergehen, so würde der Besitzer nach § 404 dem neuen Eigentümer gegenüber seinen Anspruch gegen den früheren Eigentümer wegen eines zur Zeit von dessen Eigentum durch die Sache verursachten Schadens einredeweise geltend machen können. Dies scheint unbillig, und auch, gemäss einem, bei der Vergleichung von § 999 und § 273 Abs. 2 sich aufdrängenden Arg. e contr. nicht als vom Gesetz beabsichtigt — (für § 273 Abs. 2 und 273 Abs. 1 ist bei „fälliger Anspruch“ zu ergänzen: „gegen den Herausgabe fordernden Gläubiger“). Der Fall der Schadenseinrede erscheint typisch; andere Fälle, z. B. Einrede der Stundung, zeigen keinen Grund zur Abweichung. Es ergiebt sich also:

α.: „Nur bei gewillkürtem Uebergang des Eigentumsanspruchs „gehen die alten Einreden über[1]); und zugleich zu

β.: „Da dem Forderungs-Uebergang im Sinne des § 398 ss der „Uebergang der alten Einreden wesentlich ist, — so liegt eben „beim gesetzlichen Eigentumsübergang ein Forderungsüber- „gang im Sinne des § 398 (404. 417) nicht vor; deswegen er- „scheint der Anspruch des neuen Eigentümers auch „nicht als der alte im Sinne des § 398 ss. —[2]).

Anhangsweise mag noch betont werden, dass bei blosser, nicht veräusserlicher, Vindikationscession — es entsteht weder neues Eigentum noch neue Ansprüche —, kein Grund ersichtlich ist, warum die Einreden nicht übergehen sollten. Der Uebergang entspricht auch dem § 404 B.G.B.

5. a) Als gesetzgeberisches Motiv für § 986 Abs. 2 möchte man zunächst eine Analogie zu dem in § 571[3]) zum Ausdruck

---

[1]) Eine Anwendung hievon, welche die Richtigkeit bestätigt, s. S. 152 (Hypothekenbrief).

[2]) Zwei Beispiele für das Verwendungsrecht:

a) 1: § 950. A. ist Marmorbildhauer, bringt einen, ihm gehörigen Marmorblock in das Magazin und Miet-Atelier des B, welcher auf den Block den er in ein besonderes Zimmer stellt, Verwendungen macht. A. entfernt sich auf eine Kunstreise. C., ebenfalls Bildhauer, bearbeitet aus Versehen seinerseits den Block, wodurch das Eigentum des Blocks auf C. übergeht. Auch er entfernt sich. Als er den Block abruft, will B. ihm gegenüber seine Verwendungsansprüche gegen A. vermittels Retentionsrecht geltend machen. — Dies würde, abgesehen von § 999 Abs. 2, wohl abzulehnen sein.

2: § 952: Bei käuflicher Uebertragung einer Forderung geht das Eigentum am Schuldschein kraft Gesetzes über; der Schuldschein ist bei einer Bank deponiert. Kann nun dem neuen Eigentümer gegenüber der Depositar Verwendungsansprüche an den ersten Eigentümer geltend machen?

b) Die Frage, ob der alte Eigentümer mit Verlust des Eigentums von seiner Verwendungsersatzpflicht frei werde, oder ob ein Gesamtschuldverhältnis entsteht, muss hier dahin gestellt bleiben.

Für die sogenannte actio in rem scripta entsteht hier auf Grund der Beobachtung, dass die Einreden des alten Schuldners vom neuen nicht geltend gemacht werden können, dass sonach kein Schuldübergang im Sinne des § 417, vielmehr ein anderes, neues Schuldverhältnis vorliegt, die Vermutung, dass sie nichts anderes ist, als eine Norm, auf Grund deren einzelne selbständige Ansprüche, zwischen den von der Norm bezeichneten Subjekten jeweils neu entstehen oder erlöschen. —

Ein ausreichender Grund dafür die Verwendungsersatzpflicht des Eigentümers als eine actio in rem scripta im vorstehenden Sinn zu bezeichnen, K.P. 4003 — ist übrigens nicht ohne weiteres ersichtlich. —

[3]) Text: „Wird das vermietete Grundstück nach der Ueberlassung an

gekommenen Satz: „Kauf bricht nicht Miete“ ansehen; dies reicht jedoch nicht aus: 571 ist wesentlich enger, er bezieht sich nur auf das vermietete und dem Mieter überlassene Grundstück und auf Ansprüche nur aus dem Mietverhältnis. In diesem Falle räumt er aber dem Mieter nicht bloss eine Einrede gegen die Vindikation ein, sondern er konstituiert selbständige Passivlegitimation des neuen Eigentümers gegenüber den Ansprüchen des Mieters aus dem Mietverhältnis. Zu diesen wird man auch Ansprüche aus etwaigen Zusicherungen des alten Eigentümers-Vermieters, welche sich auf das Mietverhältnis beziehen, rechnen müssen: z. B. Zusicherungen bezügl. Verbesserung der Mietsache; nicht aber auch Ansprüche aus Ein- oder Uebersturz des gemieteten Grundstücks auf nebenliegende Eigene des Mieters (§ 836—274).

Ist nun zwar der Besitz noch nicht überlassen, dagegen der Mietvertrag schon perfekt — Arg. § 536 —, so kann 571 und ebenso auch 986 keine Anwendung finden, letzterer schon deswegen nicht, weil gegen den Mieter überhaupt noch keine Vindikation zusteht.

Ist Mieter zwar Besitzer, aber nicht infolge von Ueberlassung seitens des Vermieters, sondern schon früher irgendwie in den Besitz gelangt, so wird man diesen Fall der Ueberlassung gleich zu stellen haben. Thatsächlich kann man ja den Umstand, dass der Vermieter ihm zu Liebe nicht von seiner Vindikation Gebrauch macht, immerhin als ein Ueberlassen ansehen.

Der Vergleich ergiebt, dass § 571 für's Immobilienrecht dem mit Willen des Vermieters-Eigentümers besitzenden Mieter in engerem Rahmen, nämlich wegen Ansprüchen nur aus dem Mietverhältnis, mehr Recht verleiht, nämlich eine Veränderung in der Passivlegitimation seiner Ansprüche, —

dass dagegen § 931 für's Mobilienrecht (nur Mobilien können, müssen aber bei irgend welchem Besitz auch immer, nach § 931 übertragen werden) dem aus irgend welchem Grunde Besitzenden in weiterem Rahmen, nämlich wegen aller seiner Ansprüche, ein blosses Rückhaltungsrecht einräumt.

Da sonach § 986 einerseits in weiterem Rahmen und über mehr Personen, andererseits weniger eingreifend verfügt, so kann

---

den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräussert, so tritt der Erwerber in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein“.

man nicht einfach sagen, dass er in Durchführung des dem § 571 zu Grunde liegenden Prinzips gegeben sei.

b) Das wahre, und die Bestimmung auch durchaus tragende Motiv ergiebt sich vielmehr aus der Abweichung des neuen Eigentums-Uebertragungsrechts vom alten (Windscheid § 337 Ziff. 4 cf. Note 6). Früher ging das Eigentum nicht schon durch die Vindikationscession, sondern erst mit der infolge derselben bewirkenden Besitzergreifung über. Damals also hatte der Besitzer durch die Geltendmachung der ihm gegen die cedierte, identische Vindikation zustehenden Einrede die Möglichkeit, den Eigentumsübergang überhaupt zu verhindern; heute, wo schon die blosse Vindikationscession das Eigentum übergehen lässt, und bei neuem Eigentum die alte Vindikation erlöschen müsste, war es notwendig, zur Paralysierung dieser Rechtsänderung eine Vorschrift des Sinnes von § 986 Abs. 2 zu geben. Ob hiefür die „dogmatisierende" Ausdrucksweise: „die Einreden, die ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen", notwendig war, und ob sie als richtig, oder vielmehr nur als redaktionelles Versehen zu behandeln ist, ist zweifelhaft; dass aus der auffallenden und ausnahmsweisen Ausdrucksweise keine weiteren Konsequenzen, namentlich in theoretischer Beziehung, zu ziehen sind, ist schon oben ausgesprochen.

6. Einwandfrei ist jedoch das mit § 404 des B.G.B. übereinstimmende Argumentum ad minus, dass die Einreden des Besitzers, die sonst gegen die Anforderung des neuen Eigentümers geltend gemacht werden können, um so eher gegen eine einfache, nicht Eigentum übertragende Vindikationscession erhalten bleiben. Eine besondere Aufstellung dieses Satzes konnte unterbleiben, sowohl wegen der leichten Ersichtlichkeit dieses Arguments, als auch deswegen, weil ja die Forterhaltung der Einreden bei gewöhnlicher Cession auch für's alte Recht gegolten hatte — Seuff. Arch. Bd. 36 Nr. 21. —

Nimmt man nun vollends die ausdrückliche Vorschrift des § 413, — der, auch für den Fall, dass der Anspruch auf Herausgabe nicht eine Forderung, sondern ein anderes Recht wäre[1]), die Uebertragung der Einreden vorsieht, so kann die Aufrechterhaltung der obligatorischen Einreden für sämtliche Fälle der Cession des Eigentumsanspruchs nicht weiter angezweifelt werden.

7. Es ergiebt sich nach alledem die weitere Aehnlichkeit des

1) cf. übrigens Seite 61 Ziff. 5.

Eigentumsanspruchs mit den Schuldverhältnissen des II. Buchs. Dass er vom Eigentum getrennt werden kann, somit die Herausgabe an den Eigentümer nicht sein wesentlicher Inhalt ist, und dass bei Cessionen die obligatorischen Einreden, ungehemmt gegen den Nachfolger, sei es in Eigentum oder bloss in den Eigentumsanspruch, erhalten bleiben.

Indessen soll die Frage, ob nicht hieraus einfach auf die Subsumption des Vindikationsanspruchs unter die Forderungen geschlossen werden kann, vorsichtigerweise hier noch nicht berührt werden (s. unten S. 56 IV). Ebenso muss die Frage der Wirksamkeit einer Vindikationscession bei gegenwärtigem Besitz des Eigentümers, oder ihre Wirksamkeit gegen einen anderen als den derzeitigen Besitzer, also die Wirksamkeit der Abtretung künftiger Vindikationsansprüche, und auch die Frage, inwieweit die abgetretene Vindikation gegen den Eigentümer selbst wirken kann, hier als zu speziell unerledigt bleiben[1]).

C. Der Inhalt des Anspruchs.

I.

Nach dem Sprachgebrauch.

Zur Bezeichnung des Anspruchs wird kein Wort verwendet, welches ihn von andern ähnlichen, im II. Buch als Schuldverhältnisse bezeichneten Ansprüchen unterscheidet: das Wort „Herausgabe", „kann verlangen", kommt auch für solche Ansprüche vor, die nicht auf dem Eigentum beruhen. Es sei nur eine kurze, nicht auf Vollständigkeit Anspruch machende, Zusammenstellung gegeben:

1. § 793: Der Inhaber der Schuldverschreibung auf den Inhaber, kann die Leistung nach der Schuldverschreibung verlangen.

§ 809 der Interessent kann vom Besitzer einer Sache die Vorlegung zur Einsicht verlangen.

1004 Abs. 2 kann auf Unterlassung der Störung klagen.

986 „Zur Duldung verpflichtet"; ist der Eigentümer sowohl auf Grund dinglicher, wie obligatorischer Rechtsverhältnisse.

1) Für die 2. und 3. Frage wird auf die Willensauslegung abzustellen sein. Für das römische Recht ist wohl der sehr eingehenden und überzeugenden Ausführung von Stampe, Arch. für Civ.Proc. Bd. 80 S. 347 ff. beizupflichten; cf. übrigens auch Windscheid, Actio S. 135 ff., der schliesslich immerhin zugiebt, dass der, dem der Niessbraucher den Niessbrauch übertragen hat, nun gegen den Niessbraucher selbst geschützt ist. —

2. a. § 812. 819: Anspruch auf Herausgabe des ohne rechtlichen Grund, aber zu Eigentum (!) Erlangten.

820: α. Herausgabe der vom Empfänger, — das ist Eigentümer, — des Geleisteten gezogenen, also in sein Eigentum übergegangenen, Früchte.

β. „Herausgabe" von Nutzungen, die nicht mehr vorhanden sind: dies ist einfach ein anderer Ausdruck für: „Ersatz derselben" in Geld, das ist Geldzahlung.

822. Ebenso Herausgabe einer in das Eigentum des Dritten übergegangenen Zuwendung.

b. 852. Herausgabe des auf Kosten des Verletzten Erlangten. Hier wird wohl selten Eigentum des Verletzten, häufig Eigentum des zur Herausgabe Verpflichteten, vorliegen: zu bemerken ist auch, dass die Vorschrift über Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung häufig, siehe oben 2a, blosse Geldzahlung auferlegt.

c. 848. Rückgabe einer dem andern durch unerlaubte Handlung entzogenen Sache. Es ist hier nur Besitz, nicht Eigentum, auf Seite des Rückgabe-Berechtigten erfordert.

d. 561. Hier hat der Vermieter den Anspruch auf „Herausgabe" der dem Mieter gehörigen, heimlich weggebrachten Sache behufs Rückbringung auf Grund seines, gemäss § 560 nicht erloschenen, Pfandrechts.

e. § 292: „Zur Herausgabe einer bestimmten Sache verpflichtet", gilt hier auch für bloss obligatorische Verpflichtung, schon wegen der Stellung im Allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse; ausserdem deutet die Verweisung auf die Eigentumsansprüche ausdrücklich auf die bewusste Unterscheidung zwischen obligatorischem und sachenrechtlichem Anspruch hin.

Der Grund für diese — auf den ersten Blick auffallende — Verweisung auf einen späteren Gesetzesteil liegt wohl darin, dass § 292 nur von der Haftung für Untergang, Verschlechterung und Herausgabe-Unmöglichkeit der Sache selbst, nicht auch der Nutzungen spricht. Es war nun lieber so vorzugehen, dass man die ziemlich komplizierte Materie nur einmal, dann aber ex professo und zwar möglichst ohne Rücksicht auf Verschulden des Eigentümers, behandelte: um von diesen Bestimmungen dann hieher einzelne herauszuziehen, andererseits auf modifizierendes Verschulden hinzuweisen; während andernfalls der Aufbau der Materie an zwei Stellen, nämlich teils bei 292, teils bei 986 ss hätte erfolgen müssen. Dass für diese Anordnung lediglich redaktionelle Gründe mass-

gebend waren, ergiebt sich aus K.P. Seite 3961, Mugd. Sachenrecht Seite 673; es findet sich denn auch eine ähnliche Verweisung auf spätere Stellen auch in § 850 und 972. Etwas Weiteres als der ganz absichtliche Gebrauch des Wortes Herausgabe auch für obligatorische Verpflichtungen wird sich deswegen aus § 292 nicht entnehmen lassen.

Wenn umgekehrt in § 2027. 28 (Herausgabe- und Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers) der § 260 (Offenbarungspflicht) nicht citiert, vielmehr selbständige Bestimmung getroffen worden ist, so darf hieraus nicht ein Arg. e contr. auf die prinzipielle Unanwendbarkeit der Bestimmungen des Allgem. Teils gezogen werden. Vielmehr ergiebt sich die Unmöglichkeit der einfachen Citierung des § 260 d a r a u s, dass die Offenbarungspflicht hier etwas weiter als in § 260 festgesetzt, nämlich auf Auskunft „auch über den V e r b l e i b“ ausgedehnt ist.

Andererseits ist allerdings auch wieder § 2028, 3: „Die Vorschriften des § 259 Abs. 3 und 261 finden Anwendung“, — nicht geeignet, als Grundlage für die Deduktionen u. S. 58. 59 über „entsprechende“ und „direkte Anwendung“ ausgenützt zu werden.

f. Erwähnt werden mögen noch folgende Ausdrücke des Gesetzes:

1. § 279: Aus „der geschuldete Gegenstand“ lässt sich nur ableiten, dass auch eine Species geschuldet sein kann, nicht aber notwendig, dass auch die Herausgabe auf Grund dinglicher Rechte als Schuld bezeichnet wird.

Mit Recht weist Stein zu § 28 C.P.O. darauf hin, dass in 1971 des B.G.B. auch diejenige, welche dingliche Ansprüche mit Aussonderungsrecht zu erheben haben, „als Gläubiger“ bezeichnet sind. Es wird sich hieraus allerdings nicht zuviel ableiten lassen, weil der Ausdruck immerhin zunächst nur mit Bezeichnung auf das Aufgebotsverfahren gebraucht ist.

1197, 1200, 2: der Grundschuldberechtigte heisst „Gläubiger“.

897: der dem dinglichen Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchänderung Unterworfene, heisst der „Verpflichtete“.

1055: der Niessbraucher ist v e r p f l i c h t e t, dem Eigentümer (nur auf Grund des dinglichen Rechts) zurückzugeben.

2. Anstatt des Ausdrucks „Herausgabe“ findet sich der Ausdruck „zurückgewähren“ z. B. in § 589: Der Pächter hat das dem Verpächter gemäss § 588 eigentümlich gehörige Inventar diesem zurück zu gewähren.

Aehnlich unbestimmt ist der Ausdruck „zurücklassen“ des § 593 (zu wessen Eigentum?; vergl. übrigens § 593 Abs. 2 und 3). Auch der Ausdruck „Wegnahme“ in § 601 und ähnliche spricht lediglich die Loslösung aus, während das rechtliche Schicksal des Abgetrennten aus andern Gesichtspunkten zu bestimmen ist.

II.

Nach seiner positiv bestimmten Wirkung.

1. Früher wollte man bei der Vergleichung der Ansprüche aus Obligationen und aus dinglichen Rechten den Hauptunterschied hinsichtlich des Inhalts derselben, abgesehen von Entstehen und Erlöschen der Aktiv- und Passivlegitimation, darin finden, dass die dinglichen Ansprüche nicht auf ein Thun, sondern nur auf ein dem Recht entsprechendes Unterlassen, auf ein blosses Dulden der Rechtsbethätigung des dinglich Berechtigten, geben sollten. Dies schien für die Dienstbarkeiten bestätigt durch den Satz: servitus in faciendo consistere non potest; aber schon im römischen Recht musste ausdrücklich anerkannt werden, dass bei der servitus oneris ferendi eine Verpflichtung des Eigentümers des dienenden Grundstücks zu einer den Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks entsprechenden Unterhaltung des eigenen Grundstücks zwar nicht ipso jure bestand, aber doch durch Vereinbarung ihm und zugleich seinem Rechtsnachfolger in das Grundstück auferlegt werden konnte;

Windscheid § 211 a No. 3;

und jedenfalls die Römer sind nicht auf die Idee gekommen, den Satz anders, denn als eine Ausnahme vom sonstigen Servituten-Inhalt zu konstruieren.

cf. L. 6 § 2. 8 § 2. D 8. 5.

Für die Eigentumsansprüche war der Satz jedoch im römischen Recht überhaupt nicht ausgesprochen: im Gegenteil ist die dem erwachsenen bestimmten Gegner des Eigentums obliegende Verbindlichkeit als ein „restituere“ bezeichnet: sollte man dies Wort, — welches doch ebenso bestimmt, wie das für die Servituts oneris ferendi gebrauchte Wort „reficere“ ein Handeln ausdrückt, — noch nicht genügen lassen, so ist doch eine Handlungspflicht sicher ausgesprochen in L. 10. D. 6. 1. (Paulus)

„Restitui debet si praesens non sit . . . si bonae fidei possessor sit aut ibi ubi sit, aut ubi agitur, sed sumptibus petitoris.“

Die Stelle lässt sich so auslegen, dass der Erfüllungsort für den Besitzer, wenn nur Kläger sich zur Kostenerstattung bereit

erklärt, der Gerichtsort sei. Sollte man aber bei „sumptibus“: „et periculo“ supplieren, so dass Zufälle des Transports zum Gerichtsstand vom Kläger getragen werden, so bleibt trotzdem die Pflicht des Besitzers ausgesprochen, behufs Ablieferung an den Gerichtsort verschiedenerlei thatsächlich notwendige Verrichtungen zu besorgen, — also zu handeln. Wie weit solche thatsächlich notwendige Verrichtungen gehen können, zeigt L. 11. § 1. D. 10. 4. (Ulpian über die Exhibitionspflicht) worin perferre, perducere, ja nach der Art der Reise selbst ein vestire dem Besitzer auferlegt ist; und dabei wird man doch den Exhibitionsanspruch als den milderen gegenüber dem Vindikationsanspruch ansehen müssen.

2. Somit ging die der Vindikation entsprechende Verpflichtung auch schon im römischen Recht häufig auf ein Handeln, und es ist demnach auch in der neuen Litteratur (Bekker, Ihering, Thon) nur noch das festgehalten, dass der dingliche Anspruch ursprünglich nur auf ein Unterlassen gehe.

„Er ist ein Zwitterding“, Bekker Aktionen I S. 221.

„Die Vindicatio ist ein Komplex von verschiedenen Ansprüchen“, — Ihering Geist des römischen Rechtes, 4. Aufl. Bd. 3 S. 186 ff. und S. 195 —;

„Der dingliche Anspruch übt zugleich . . . . . eine weitere Funktion“ — Thon S. 181 —;

„So bekommt stets im konkreten Fall die dingliche Klage eine relative Natur und der Fall selbst den Charakter eines obligatorischen. Sie geht nicht bloss auf Anerkennung meines dinglichen Rechts, sondern auch infolge dieser Anerkennung auf persönliche Leistungen“, — Wächter Handbuch des Württemb. Privatrechts II § 46 Z. 6. S. 298.

Ebenso bemerkt Windscheid Actio S. 223, dass das dingliche Recht durch die Verletzung eine persönliche Beziehung gewinne, welche es bis dahin nicht hatte, — sich zu einem Forderungsrecht oder „Anspruch“ gegen den Verletzer gestalte (cf. hiezu Actio S. 20, welche Stelle sonach nur für die Zeit vor der Konkretisierung gilt)[1]).

So hat man denn auch:

— Windscheid § 43 N. 7., Wächter Erläuterungen aus dem R.D.W. Pr.R. Bd. III. S. 8 —

1) Vergleiche weiterhin: Hellwig S. 31. Hölder Pand. S. 340; Langheineken 123, Brinz Pand. 250, Ryk S. 39: „Sie gleichen nach äusserer Erscheinung und Inhalt (es fehlt nur das selbständige Rechtsverhältnis); Thon S. 204.

keinen Anstand genommen, die Institutionenstelle § 5 J. 4 13:

„Item si judicio tecum actum sit sive in rem sive in personam, nihilo minus obligatio durat, et ideo ipso jure postea de eadem re adversus te agi potest: sed debes per exceptionem rei judicatae adjuvari“ —

nicht auf die etwa durch Litis-contestation neu entstandene Obligatio judicatum solvi, sondern auf die ursprüngliche, direkt aus dem dinglichen Recht dem bestimmten Gegner erwachsende Verpflichtung zu beziehen. Es wird allerdings vorsichtig sein, hieraus ebensowenig weitere Schlüsse zu ziehen, wie Windscheid dies gethan hat.

III.

Nach der Darstellung der Materialien.

1) Demgemäss haben die Motive S. 397—98—99 unter dem — allerdings etwas doktrinär anmutenden — Hinweis, „dass sogar schon das „Anerkennen“ des fraglichen Eigentums eine Handlung zu nennen sei“, ausdrücklich ausgesprochen, dass die Herausgabe-Verpflichtung des B.G.B., insbesondere bei den beweglichen Sachen, die Pflicht zu einer gewissen positiven Thätigkeit, Verschaffung des Besitzes oder der Inhabung, also zu einem gewissen Dienst, enthält und sich sonach nicht von der auf obligatorischer Grundlage beruhenden Herausgabepflicht unterscheidet.

„Die dinglichen Ansprüche nehmen, sofern sie gegen eine be„stimmte Person sich richten und von dieser eine Leistung ver„langen, einen obligationsähnlichen Charakter an, wenn sie zwar „immer von den Forderungsrechten, bei welchen die Personen „des Gläubigers und Schuldners von vornherein gegeben sind, „sich unterscheiden. Diese Aehnlichkeit rechtfertigt die An„wendung der allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts „auf die gegen bestimmte Personen sich richtenden dinglichen „Ansprüche. Der Entwurf geht von der innern Berechtigung „dieser analogen Anwendung aus, ohne welche eine fühlbare „Lücke sich ergeben würde. Dabei schien die Aufnahme einer „Bestimmung über die entsprechende Anwendbarkeit der allge„meinen Vorschriften des Obligationenrechts nicht angemessen, „da es sich mehr um eine der Prüfung und Begrenzung durch „die Wissenschaft zu überlassende Rechtswahrheit, als um einen „positiven Rechtssatz handelt.“

Ebenso gehen die Protokolle an verschiedenen Stellen von dieser Auffassung aus: ausdrücklich z. B. Seite 4032 (Annahme-

Verzug des Eigentümers); stillschweigend bei der ganzen Besprechung des Verhältnisses zwischen Eigentümer und Besitzer, wo immer nur die Notwendigkeit von Abweichungen oder Einschränkungen der, generell zutreffenden, allgemeinen Grundsätze erörtert wird. Es mag noch bemerkt werden, dass auch die Motive mit der Ueberschrift „Schuldverhältnisse", Motive S. 400, auch schon das Verhältnis zu dem Eigentümer und dem durchaus gutgläubigen und keineswegs schuldhaften Besitzer, d. i. einen rein dinglichen Anspruch, umfassen; ferner, dass nirgends eine Andeutung sich findet, wonach etwa nicht der Herausgabepflichtige selbst die Kosten der Herausgabe zu tragen habe; aus den Erwägungen zu § 985, und 1004 ergiebt sich mit Sicherheit, dass auch bei 985 der Herausgabepflichtige die Kostenlast tragen soll.

2. Nun ist ja bekannt, dass die Gesetze im Verhältnis zu der aus den Motiven zu entnehmenden Absicht des Gesetzgebers bald zurückbleiben, bald weitergreifen: — Wie nun, wenn die Wissenschaft ohne weitere rechtsphilosophische Studien schon einfach auf Grund grammatischer Auslegung der Gesetzesparagraphen dazu käme, festzustellen, dass, während die Motive nur die Zweckmässigkeit der Anwendung der Lehren über die Schuldverhältnisse andeuten und vermuten, das publizierte Gesetz selbst, die dinglichen Ansprüche nicht bloss unter die Ansprüche auf Thun, sondern gerade unter die im II. Buch behandelten Schuldverhältnisse subsumiert?

3. Zunächst mag hier noch folgendes vorausgeschickt werden:

a. die Kontroverse über die Rei Vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer übt auf die Entscheidung keinerlei Einfluss: besteht gegen ihn die Vindikation nicht, so bleibt die Frage ganz ausser Betracht; besteht gegen ihn ein Anspruch auf körperliche Herausgabe oder Verschaffung der Sache, so wird derselbe noch mehr als bei der Vindicatio gegen den unmittelbaren Besitzer ein Thun enthalten; besteht gegen ihn nur ein Anspruch auf Abtretung seiner Ansprüche, so ist dies eine rein obligatorische Verpflichtung;

b. § 986 Satz 2 — „Gewährung eines Anspruchs auf Rückgabe an den mittelbaren Besitzer", ein Novum (hier wird ein Thun des Verpflichteten fast immer unumgänglich sein)[1]), hat die Annäherung an die gewöhnlichen übrigen Schuldverhältnisse noch bedeutend vermehrt.

---

1) cf. Hellwig S. 412 No. 43.

c. Schon die Leichtigkeit, mit welcher sich bei Hinzutreten einer kleinen Aenderung im Thatbestand der dingliche Anspruch in eine richtige Obligation umwandelt, spricht für eine sehr nahe Berührung zwischen den dinglichen und den obligatorischen Ansprüchen.

IV.

Die Subsumption des dinglichen Anspruchs unter die Schuldverhältnisse.

Grundlegend für den folgenden Abschnitt ist die schon oben S. 4 citierte Stelle der Motive „Nirgends ist gesagt, dass Schuldverhältnisse nur aus Vertrag bezw. einseitigem Versprechen und unerlaubter Handlung entstehen können. Der hierin sich aussprechenden Auffassung des Gesetzgebers entspricht auch § 305 B.G.B. „Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft . . . ist ein Vertrag erforderlich,“: ein hieraus notwendig zu entnehmendes Arg. e contr. weist auf die Entstehung von Schuldverhältnissen auch durch Gesetz hin, wie dieselbe ja auch sonst, etwa in § 823 ff., anerkannt ist.

Die Subsumption des dinglichen Herausgabeanspruchs unter die Schuldverhältnisse des 2. Buchs ergiebt sich nun, und zwar schon für die Textauslegung, ohne Beiziehung der Materialien, auf Grund der folgenden, sämtlich auf die Vindikation bezüglichen, Stellen.

1. § 989 „Der Besitzer ist von dem Eintritt der Rechtsab-
„hängigkeit an dem Eigentümer für den Schaden verantwort-
„lich, der dadurch entsteht, dass infolge seines Verschuldens
„die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem andern
„Grunde nicht herausgegeben werden kann.“

Das Wort „verantwortlich“ hat im B.G.B. keinen aus ihm selbst zu entnehmenden Sinn: dieser ist vielmehr immer erst aus anderen Vorschriften zu ergänzen; auch hier kann nicht angenommen werden, dass es einfach bedeutet „Schadenersatzpflichten“. Da kein Hinweis auf spätere erklärende Stellen gegeben ist (vergl. §§ 292, 850, 972), so sind die ergänzenden Stellen des Gesetztextes weiter vorne zu suchen. Hiezu bietet sich in nächster Nähe § 987 Abs. 2:

„Zieht der Besitzer nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit
„Nutzungen nicht, die er nach den Regeln einer ordnungsmässigen
„Wirtschaft erhalten könnte, so ist er dem Eigentümer zum
„Ersatz verpflichtet, so weit ihm ein Verschulden zur Last fällt.“

Die Beziehung gerade hierauf erscheint aber nicht recht wahrscheinlich; einesteils weil die Wortstellung zu wenig übereinstimmt, namentlich aber deswegen, weil in § 987 Abs. 2 eine Ersatzpflicht neben der Rückgabe der in gutem Zustand befindlichen Hauptsache, dagegen

in § 989 eine Ersatzpflicht anstatt der unmöglich gewordenen Herausgabe in gutem, oder neben der, nur noch möglichen, Herausgabe in schlechterem Zustande,

gesetzt ist; und weil 987 Abs. 2 den Eigentümer nur für das lucrum cessans schadlos halten will, während § 989 nicht nur für lucrum cessans, sondern auch für Damnum emergens Verantwortlichkeit auferlegt.

Anderweite ergänzende Vorschriften sind aber nur im Obligationenrecht, § 249 ff., insbesondere § 275, § 280, § 251, zu finden.

§ 275: „der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Lei„stung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Ent„stehung des Schuld-Verhältnisses eintretenden Umstands, den „er nicht zu vertreten hat, unmöglich geworden ist."

§ 280: „soweit die Leistung infolge eines von dem Schuldner „zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner „dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstandenen „Schaden zu ersetzen."

Gerade auf diese Vorschrift weist das Wort „verantwortlich" offensichtlich schon deswegen hin, weil es mit dem hier gebrauchten Ausdruck „hat zu vertreten" genau denselben Sinn hat. Die dem „verantwortlich" hierdurch gegebene, im Verhältnis zu der beschränkten positiven Ersatzpflicht des § 987 grössere, Tragweite lässt die Heranziehung des § 275 doppelt passend, jedenfalls viel sinngemässer als die Heranziehung des § 987, erscheinen.

Demnach hat das Wort „verantwortlich" des § 989 die Bedeutung, „er habe den durch sein Verschulden entstehenden Schaden zu vertreten", d. h. wenn die Sache durch sein Verschulden nach der Rechtshängigkeit beschädigt wird oder untergeht, so werde er hiedurch nicht gemäss § 275 frei, vielmehr nach § 280, eventuell 251, ersatzpflichtig.

Demgemäss ist § 989 mit seinem „verantwortlich" ebenso eine ausfüllende Bestimmung für § 275 und 280, wie die anderen, im Recht der Schuldverhältnisse, insbesondere bei den gegenseitigen Verträgen, gegebenen Bestimmungen: und es ergiebt sich

hieraus, dass die von § 989 als nicht primär erfüllbare gesetzte Leistung, nämlich die Herausgabe des § 985, eben eine Leistung im Sinne des § 280 und des § 275 ist. Die Verpflichtung zu der Leistung des § 985 fällt deswegen, da § 275 dieselbe Verpflichtung zur Leistung zum Gegenstand hat wie die Titelüberschrift, ebenfalls unter diese Ueberschrift, — und ist sonach Inhalt eines Schuldverhältnisses im Sinne der Ueberschriften des ersten Abschnittes und des ganzen II. Buches.

2. Dasselbe ergiebt sich, fast noch schlagender, aus § 990 Absatz 2:

„Eine weitergehende Haftung des Besitzes wegen Verzugs bleibt unberührt".

Denn in dieser Fassung ist als bewusster Wille des Gesetzes ausgedrückt, dass die Vorschriften über Verzug nicht etwa „entsprechend", sondern direkt und selbstverständlich, zur Anwendung kommen. Der Unterschied zwischen „direkter" und „entsprechender" Anwendung gesetzlicher Vorschriften ist ja ein so wichtiger, dass nicht angenommen werden kann, das Gesetz habe denselben übersehen. Dasselbe gilt von der notwendigen Form der die direkte oder die analoge Anwendung vorschreibenden Vorschriften. Die Zulassung der analogen Anwendung enthält ein konstitutives Element, nämlich die Ausfüllung einer normlosen Materie, für welche sich eben auf dem Wege blosser direkter Subsumption keine Norm hätte finden lassen; dagegen der Anspruch der direkten Anwendbarkeit ist

entweder konstitutiv: dann ergeht der gesetzliche Befehl hinsichtlich der zu behandelnden Rechtsgebiete unangesehen ihrer inneren Natur und dessen, ob vielleicht auch ohne die ausdrückliche Vorschrift direkte oder analoge Anwendung eintreten würde; jedenfalls lässt er in der äusseren Form seine Beziehung auf die innere Natur dieses Rechtsgebietes nicht erkennen: er erscheint dann also ebenfalls als ein Novum;

oder ist er deklarativ, indem er die schon durch die Zugehörigkeit eines bestimmten Unterbegriffs zu einem normierten Oberbegriff gegebene, also schon durch rein logische Subsumption zu findende, gemeinsame Beherrschung des Ober- und Unterbegriffs durch dieselbe Norm lediglich „zur Vermeidung von Zweifeln", wie die Motive häufig sagen, noch ausdrücklich feststellt.

Ist der Ausspruch konstitutiv, so muss seine Fassung ihn deutlich als neu eingreifenden Befehl erkennen lassen; dies gilt hier noch mehr wie für die einzelne Privatwillens-Erklärung. Ist

er bloss deklarativ, so genügt, da er ja überhaupt nichts neu schafft und also überhaupt überflüssig ist, jede, auch nur eine implicite andeutende, Fassung.

Der Anspruch der analogen Anwendbarkeit muss sich, da er immer konstitutiv ist, immer auch als neu eingreifenden Befehl erkennen lassen, während die direkte Subsumption des Falles unter eine Regel gelegentlich, auch bei völligem Schweigen des Gesetzes, auch bloss durch Konstruktion, Subsumption gefunden werden kann.

Aus der Fassung des § 990 Abs. 2 ist die Anwendbarkeit der Verzugsvorschriften nur implicite, nämlich an Hand des Ausspruchs, dass sie in gewisser Richtung unberührt bleiben, zu entnehmen; es erscheint sonach nach der Auffassug des Gesetzes als selbstverständlich:

1. dass die Vorschriften über Verzug hier überhaupt Geltung haben.
2. dass also die Leistung, hinsichtlich deren Vollzug eintreten soll, eine Leistung im Sinne der Verzugsvorschriften, § 284 ff., ist.

Nun spricht aber § 990 Abs. 2 vom Verzug, wenn überhaupt, so doch jedenfalls nicht ausschliesslich, hinsichtlich der Neben-, Geldersatz-, Verpflichtungen: mindestens ebenso wie für die letzteren gilt er auch (siehe oben S. 56, zu § 989) für die Hauptverpflichtung, d. i. die Herausgabepflicht des § 985.

Es finden auch auf diese letztere somit

§ 284: „Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläu„bigers nicht, die nach Eintreten der Fälligkeit ergeht, so „kommt er durch die Mahnung in Verzug"; und

§ 285: „Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die „Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht „zu vertreten hat", direkte Anwendung.

Sonach erscheint nach dem deutlich zu entnehmenden Willen und Auffassung des Gesetzes die Herausgabe des § 985 als eine Leistung im Sinne des § 284, somit die Verpflichtung des § 985 als eine Verpflichtung im Sinne der das II. Buch, „Schuldverhältnisse", eröffnenden Titel-, Abschnitts- und Buch-Ueberschrift: somit das durch § 985 gegebene Verhältnis als Schuldverhältnis in eben diesem Sinne[1])[2]).

1) Dieser Auffassung steht die Darstellung der Motive (oben Seite 54, letzter Satz) nicht entgegen: Forts. nächste Seite.

3. § 991 Abs. 2 lautet: „War der Besitzer beim Erwerb des Besitzes in gutem Glauben, so hat er gleichwohl von dem Erwerb an den im § 989 bezeichneten Schaden dem Eigentümer gegenüber insoweit zu vertreten, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist.

Hier bezieht sich der Ausdruck „verantwortlich", ob man nun ein dem unmittelbaren Besitzer vom mittelbaren Besitzer bestelltes „dingliches Recht" oder eine rein obligatorische Beziehung annehmen will, immer nur auf eine obligatorische Verbindlichkeit (auch die Verbindlichkeit des dinglich berechtigten un-

---

Da sie zeigen, dass man von einer ausdrücklichen Vorschrift der analogen Anwendung absichtlich Abstand genommen hat, so möchte man versuchen, hierin das absichtliche Zugeständnis der direkten Anwendbarkeit zu finden. Die dem zunächst entgegenstehende Einwendung, dass hier immerhin das Wort „analoge" Anwendung gebraucht ist, wird dadurch entkräftet, dass es wohl dem Sinne der Stelle gerade so gut entspräche, wenn man statt „analoge" Anwendung setzt: „ausdehnende"; und man wird deswegen nicht notwendig als Absicht der Motive die „nicht direkte" Anwendbarkeit annehmen müssen. Immerhin aber ist Vorsicht am Platz; ganz sicher jedoch ist das festzustellen, dass ganz absichtlich eine positive, konstitutive Bestimmung unterlassen wurde, zu dem Zweck. der Theorie gänzlich, — auch für den Fall, dass sie zur direkten Anwendbarkeit käme, — freien Lauf zu lassen.

2) Es mag noch bemerkt werden, dass weder in den Motiven, noch in den Commissions-Protokollen sich eine Andeutung über den Sinn des Ausdrucks „entsprechende Anwendung" findet. Welche Sorgfalt hinsichtlich der Setzung oder Weglassung desselben angewendet wurde, zeigt z. B. Prot. Seite 4353 (J) Mugdan Seite 958; die direkte Anwendbarkeit des § 284 erscheint um so sicherer als vom Gesetz gewollt, wenn mit der Fassung des § 990 Abs. 2 die so sehr vorsichtige Fassung des ebenfalls sachenrechtlichen § 1146 „Liegen dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vor, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt" verglichen wird: — ebenso Planck, Kommentar zu § 990.

Auch die Terminologie bei der Auflage — Wendt Seite 111, — dient zur Verstärkung des Arguments: bei der Auflage entsteht zwar nicht ein Recht der Gläubiger, wohl aber eine direkte, durch Zwangsvollstreckung eventuell nach § 887, 888 (nicht etwa bloss durch Hinfälligkeit der Zuweisung) erzwingbare Verbindlichkeit des Bedachten. Trotz dieser Obligationsähnlichkeit des Verhältnisses wird, wie Wendt richtig hervorhebt, nicht von Verpflichtung und Erfüllung, sondern nur von Verbindlichkeit und Vollziehung der Aufgabe gesprochen: es werden also die Ausdrücke des Rechts der Schuldverhältnisse in einem Punkt vermieden, wo mindestens ebensoviele Aehnlichkeit mit demselben, wie bei der vindicatio vorliegen würde.

mittelbaren Besitzers gegenüber dem mittelbaren ist eine obligatorische, siehe oben S. 8, § 3. 1. b). Der Ausdruck „hat zu vertreten“ hat jedoch offenbar keinen anderen Sinn als das „verantwortlich“ des § 989; hierdurch bestätigt sich die oben Ziff. 1 zu § 987 gegebene Auslegung.

4. Weitere Momente, welche die obige Auffassung bestärken, sind:

a) § 990 gebraucht das Wort „Haftung“ für den ganzen Umfang des § 987, somit auch für die dem unredlichen Besitzer obliegende Pflicht der Herausgabe der Nutzungen: diese sind, soweit körperlich, nicht gemäss § 955 in sein Eigentum, sondern in das des Eigentümers gefallen; die Herausgabepflicht besteht daher hier auf Grund Eigentums, und es wird hier somit ein rein dinglicher Anspruch mit einem sonst für obligatorische Verhältnisse geltenden Namen benannt.

b) Auch § 993 Abs. 1 Schluss weist darauf hin, dass § 987 lediglich eine Schadensersatzpflicht gesetzt hat; dies stimmt zu der Seite 56 und 57 vorgetragenen Auffassung, wonach der Ausdruck „verantwortlich“, welcher nicht bloss eine positiv geregelte Ersatzpflicht, sondern das ganze Verhältnis zwischen den Beteiligten umfassen will, durch die blosse Anziehung des § 987 zu enge ausgelegt wäre; auch diese Stelle unterstützt somit die Anziehung des § 275 und die hierdurch gegebene Subsumption der Rechtsverhältnisse aus § 985 unter die Schuldverhältnisse.

5. Hiermit stimmt dann auch wieder der vom B.G.B. als selbstverständlich vorausgesetzte Uebergang der Einreden bei der einfachen Cession des Herausgabeanspruchs siehe oben Seite 48: derselbe erscheint sonach als einfache Anwendung von § 404.

Diese Lösung berührt nur angenehm, da der nach dem oben, insbesondere S. 52—54 Besprochenen so vielseitige Herausgabeanspruch doch nicht wohl unter den Begriff „Recht“ gebracht werden könnte.

Ebenso Schollmeyer zu § 413.

Hiebei ist es nur eine nebensächliche Differenz, wenn Schollmeyer das Schuldverhältnis nur als Quelle des Anspruchs, nicht als identisch mit demselben, bezeichnen will; jedenfalls ist es auch für diese Auffassung zutreffend, zu sagen, „Der Herausgabeanspruch bilde den Inhalt eines „Schuldverhältnisses“; vergl. auch: Hellwig § 1 III; § 3 II Ziff. 2; § 5 I Ziff. 1. 2 (hinsichtlich der Ausdehnung des Gesamtschuldverhältnisses).

Hölder zu § 221: „Persönliche und dingliche Ansprüche sind nicht zweierlei Ansprüche im Sinne des B.G.B.“

6. Die von Wendt Seite 45. 46 betonte Neutralität des Ausdrucks „Leistung“ bestätigt die Richtigkeit und Schlüssigkeit der oben vorgetragenen Subsumption.

Erwähnt werden mag weiter, dass selbst auf Grundschuld und Rentenschuld, die doch mit einer Forderung viel weniger Aehnlichkeit haben als die Vindikation, gemäss § 1291 die Vorschriften über das Pfandrecht an einer Forderung nicht bloss entsprechende, sondern direkte (K.P. 4353, Mugdan 958) Anwendung finden sollen.

7. Der Wortlaut des § 1000 giebt zu der Frage Anlass, warum denn, wenn die direkte Anwendung des § 273 Platz greift, trotzdem Verweigerungs- und Zurückhaltungsrecht ausdrücklich angeordnet ist. Als genügender Grund hiefür ergiebt sich, dass der Verwendungsanspruch gemäss § 1001 streng genommen nicht fällig ist, solange der Besitzer die Sache noch besitzt: die Zweifelsgründe, welche Mot. S. 416 berücksichtigen, liegen somit nicht sowohl in der Art des Herausgabeanspruchs, als in der des ihm entgegenstehenden Verwendungsanspruchs. Die sich hieran anschliessende praktisch wichtigste Frage, nämlich die nach der Wirkung des geltend gemachten Zurückhaltungsrechts, ist absichtlich und unzweifelhaft durch das Gesetz schon dadurch entschieden, dass das Wort „Zurückhaltungsrecht“, d. i. der terminus technicus der §§ 273, 274 gebraucht ist; somit ist Verurteilung Zug um Zug unzweifelhaft geboten. Auch abgesehen hievon giebt der Gebrauch des Worts „Zurückhaltungsrecht“, d. i. die vorbehaltlose Anwendung eines Begriffs des Rechts der Schuldverhältnisse, eine weitere Unterstützung für unsere Subsumption.

D. Vollstreckung und Rechtskraft.

I. Mit dem vorstehenden Resultat, der Subsumption der Rei Vindicatio unter die Schuldverhältnisse, stimmt auch die Behandlung derselben im Civilprozess überein (abgesehen von der Vollstreckbarkeit ins ganze Vermögen).

Die schon seither für beide Arten der Herausgabepflicht bestehende Gleichartigkeit der Zwangsvollstreckung

C.P.O. 883, 885, 886, 887, 888

ist längst anerkannt. Sie ist daher hier nur kurz zu erwähnen.

II. Genauer dagegen ist einzugehen auf die etwas auffallende, gewöhnlich,

Dernburg, Sachenrecht § 118 Z. 3. § 119 Z. 6,
vgl. Hellwig S. 410 ff.

als neu bezeichnete, Auffassung der Motive, wonach der Vindikationsprozess jetzt nur noch das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Eigentumsanspruchs auf Herausgabe, nicht mehr auch das Eigentum oder Nichteigentum des Klägers, dem Beklagten gegenüber rechtskräftig feststellt.

1. Seither galt wohl unbestritten die Behauptung, dass im Vindikationsprozess auch ohne einen ausdrücklichen auf Feststellung des Eigentumsverhältnisses gerichteten Antrag die Feststellung des Eigentums Rechtskraft erlangte. Auf die Theorie der Rechtskraftlehre und auf die Frage, welche Eigentumserwerbsgründe in judicium zu deducieren seien oder als deduziert gelten

Wach, Vorträge S. 27, 28 (expressa causa),

braucht hier nicht eingegangen zu werden: uns genügt hier die Seite des Satzes, dass eben nicht bloss ein Anspruch auf Herausgabe, sondern das ihn bedingende Eigentum selbst, sei es für einen, sei es für mehrere Erwerbsgründe, rechtskräftig festgestellt werden sollte. Bei den obligatorischen Ansprüchen dagegen ist für seitheriges und neues Recht unzweifelhaft, dass nur der aus dem vorgebrachten Thatbestand sich ergebende Anspruch, nicht aber auch der Thatbestand selbst, festgestellt wird:

So Stein, Comm. z. C.P.O. § 322 V.
Gaupp, wörtlich ebenso zu 293 S. 647.

Rechtskraft erlangt also bei eingeklagtem Kaufgeschäft nur der dem Kläger entstandene Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises, nicht aber auch die Thatsache, dass zwischen den Parteien ein Kauf abgeschlossen sei; demnach hat der Käufer, wenn er später auf Uebergabe der Sache klagt, den Beweis des Kaufs von neuem zu erbringen. — So Stein zu § 322. V. Anfang.

Nun wird allerdings nicht bloss die nackte Pflicht zu zahlen, sondern zugleich die juristische Qualität dieser Verpflichtung: „eine actio venditi“, mit festgestellt

ebenso wohl Mayer, Anspruch und Rechtskraft S. 41, 42 Note 1.

2. Dieser Unterschied soll nun weggefallen sein; man beruft

sich hiefür auf die Motive S. 396, zu § 929, Mugdan S. 220:

„Mit dem Anspruch auf Herausgabe der Sache kann das Be„gehren eines die Eigentumsfrage unter den Parteien erschöpfen„den Feststellungsurteils verbunden werden. Ein solches Be„gehren bleibt Voraussetzung für den entsprechenden Umfang „der materiellen Rechtskraft des Urteils: es ist weder gerecht„fertigt, eine gesetzliche Vermutung eines solchen Begehrens „aufzustellen, noch ist eine Besonderheit in Ansehung des auf „eine Vindication ergehenden Urteils zu bestimmen."

In der That lässt sich dieser Passus nicht anders auslegen, als in dem Sinn, dass ohne Feststellungsantrag die Eigentumsfrage jetzt nicht mehr erschöpfend festgestellt werden solle. Man möchte zwar versuchen, in dem Passus das Wort „erschöpfend" zu pressen, so dass er dann nur d e n Sinn hätte:

Die Feststellung des Eigentums bedeutet nicht, dass nun über „alle Erwerbsgründe" erschöpfend abgeurteilt sein, alle Erwerbsgründe in judicium deduciert gelten, also auch durchs Urteil weitere, nicht vorgebrachte Gründe präcludiert sein sollten: dann würde sich der Passus nur auf die oben S. 63, Z. 1 angedeutete römisch-rechtliche Controverse über die „einschränkende Wirkung der expressa causa" beziehen, während über d i e Frage, in wie weit mit der Feststellung eines Vindikationsanspruchs zugleich Eigentum, ob endgiltig oder nicht, festgestellt sein soll, nichts gesagt wäre.

In diesem Falle würde also nur die Dernburgische Auffassung Bd. I § 163 Z. 1 zum Ausdruck gebracht sein. Aber man wird eben streng genommen doch sagen müssen: Wenn das Urteil nicht über a l l e Erwerbsgründe abschliessend erkennen soll, — so dass noch nachträglich geltend gemachte Gründe die Feststellung wieder beeinflussen können, — so ist eben nicht das Eigentum rechtskräftig festgestellt, die Eigentumsfrage nicht „erschöpfend" entschieden. Andererseits lässt sich das Wort „solches besonderes Begehren", welches in dem Abschnitt verschiedenfache, immer im gleichen Sinn, gebraucht wird, nur auf das Begehren der Feststellung, w e l c h e m v o n b e i d e n T e i l e n d a s E i g e n t u m z u s t e h e, beziehen; und mit der, „dem Begehren entsprechenden" Feststellung, die nicht ohne solches besonderes Begehren erfolgen soll, kann also nur d i e gemeint sein, „Welchem von beiden das Eigentum an der Sache zusteht." Man muss deswegen als Ansicht der Motive anneh-

men, dass die Feststellung bei der Vindicatio nur auf dem Herausgabeanspruch, nicht mehr aber auf das Eigentum selbst sich beziehe.

III. Ist diese anscheinende Neuerung auch Gesetzesinhalt, und sind die inneren Gründe für die alte oder für die neue Normierung?

a) Eine ausdrückliche Bestimmung über die Rechtskraft bei der Vo. findet sich weder im B.G.B., noch in der C.P.O., noch in deren Materialien: weder in der „Begründung", noch im Comm.-Bericht, noch in den Plenarverhandlungen ist die Frage erwähnt (vgl. Hahn-Mugdan). Allerdings wird sich aus § 322 C.P.O. (ebenso 293 alt) in Verbindung mit § 985, 241, 194 B.G.B. ergeben, dass der Anspruch aus 985, soweit prozessuale Fragen in Betracht kommen, ein geeignetes und genügendes Objekt für die Rechtskraft ist. Zudem ist jetzt der Anspruch auf Herausgabe des § 985 von den Nutzungs- und Verfügungsbefugnissen des § 903 räumlich getrennt, und hiedurch, sowie auch durch die der Ueberschrift „Schuldverhältnisse aus Verträgen" genau entsprechende Bezeichnung „Ansprüche aus dem Eigentum" deutlich als dem Eigentum gegenüber selbständig bezeichnet. Deswegen findet die Auffassung der Motive nicht bloss keinen Widerspruch, sondern ihre Bestätigung im Gesetz; sie ist daher als gewollter Gesetzesinhalt zu betrachten. Sonach erscheint auch in dieser Beziehung die Herausgabepflicht gänzlich getrennt von dem ihr zu Grunde liegenden Eigentum, so dass sie also auch in dieser Richtung ihm gegenüber selbständig, also den Verpflichtungen aus dem gewöhnlichen Schuldverhältnisse gleich, geworden ist.

b) Der Grund für die, gegenüber der neuen weitergehende, Rechtskraftwirkung des alten Vindikationsurteils wird zunächst

Dernburg I S. 358

cf. auch Endemann Bd. II § 3 S. 11 Note 7

darin gefunden, dass die römische Formula petitoria für die vindicatio lautete:

si paret Ni Ni esse, nisi restituerit . . . condemna

während die Formel bei den Obligationen nur lautete:

„Quod locavit, quidquid ob eam rem Nm. Ao. dare facere oportet ex fide bona, ejus Nm. Ao. condemna".

— cf. Keller-Wach, römischer Civilprozess S. 120. —

Deswegen müsse die, in erster Linie bezweckte, Anerkennung des Eigentums hiemit rechtskräftig geworden sein. Es ist

jedoch zu fragen, ob diese Ausdrucksweise nicht etwas einseitig ist: cf. Keller-Wach S. 137.

Es ist ja nicht gerade notwendig, dass die dem judex anbefohlene Vorentscheidung zugleich die Hauptentscheidung gewesen sei, und es ist schon hier um so sorgsamer zu prüfen, weil ja die ganze Lehre von der res judicata sich erst im späteren römischen Recht entwickelte, insbesondere die Lehre von den der Konsumtion entsprechenden verschiedenen Funktionen der exceptio rei judicatae sich erst in der neuen modernen Theorie ausgebildet hat. Es wäre weiterhin auch seltsam, wenn, bei der grossen Verschiedenheit des heutigen und des römischen Civilprozesses, diese einzelne Besonderheit der römischen Formula eine so schwerwiegende, sich heute noch in einer gänzlich verschiedenen Behandlung sonst ziemlich ähnlicher Verhältnisse zeigende Kraft besessen hätte. Vielmehr ist anzunehmen, dass schon die Verschiedenheit der Formula auf einer tieferen materiell-rechtlichen Unterscheidung beruhen muss; und man kommt zu dem, allerdings schwer in kurzem zu begründenden Eindruck, dass die Eigentumsklage gegen den Besitzer von den Römern eben als eine unmittelbare direkte Bethätigung des Eigentums, entsprechend der bei eigenem Besitz freistehenden, unbeschränkten Verfügungsbefugnis, aufgefasst wurde, und dass ihnen sonach die Herausgabepflicht nicht als eine selbständige Verpflichtung, sondern nur in dem oben S. 34 geschilderten Sinn erschien. Hiemit stimmt insbesondere die Auffassung überein, welche der actio ad exhibendum als hauptsächlichste Funktion die beilegt, dass sie den Besitzer verpflichtete, die Sache zur Gerichtsstelle zu bringen —

> Ulpian L. 1 D. 10. 4 . . Haec actio maxime propter: vindicationes inducta est;
> Bekker Aktionen I. S. 225;
> cf. auch Endemann II § 91 Nro. 2 —,

allwo dann die Uebergabe an den siegreichen Kläger mehr als Leistung des dem Eigentümer zur Rechtsausübung verhelfenden Magistrats, denn als eine Leistung des Beklagten selbst, somit auch die Leistung des Beklagten wesentlich anders als die von den übrigen Obligationen auferlegten Leistungen erscheinen mochte:

Damit wäre als Grund der Verschiedenheit nicht eine Einzelheit der Formula, sondern die ganz allgemeine römische Grundanschauung über das Wesen des Eigentums und seiner Verwirklichung im Prozess festgestellt.

Dies alles ist aber offenbar mehr Sache einer instinktiven, schwer zu begründenden, juristischen Anschauung, als Ergebnis einer objektiven Analyse, — welche gerade vielleicht durch die erwähnte Einrichtung des Prozesses hintangehalten worden sein mag.

Dass die Auffassung selbst nicht innerlich notwendig ist, zeigt die neuerdings, siehe oben S. 30 und 52 ff., immer mehr anerkannte Gleichartigkeit des dinglichen Anspruchs mit dem obligatorischen. Man ist denn auch in der That,

Hölder Pand. S. 339

ebenso Comm. zu 221 B.G.B.

wieder darauf hinausgekommen, die derzeit bestehende Unterscheidung der Ansprüche nicht in einer materiellen Verschiedenheit, sondern in einer Verschiedenheit des für sie bestehenden Rechtsschutzes zu finden; dass die Funktion des Gerichts oder des Richters im Prozess, ja selbst in den verschiedenen Prozessarten, — jeweils rein positiv nach den gerade herrschenden Anschauungen geregelt — heute eine ganz andere ist, als zur römischen Zeit, bedarf keiner Hervorhebung.

c) Trotzdem behauptet Hölder auch weiterhin, zu § 221 B.G.B., die Rechtskraftwirkung fürs Eigentum. Er trifft hiemit zusammen mit Gaupp-Stein, sowohl dritte als vierte Auflage.

Es soll hier, obwohl es streng genommen zur planmässigen Fortführung der Untersuchung nicht erforderlich ist, kurz untersucht werden, ob nicht schon durchs alte Recht der Ausdruck „bei Vindikationsurteil wird das Eigentum rechtskräftig festgestellt", etwas zu weit geht, dass vielmehr der Gegenstand der Feststellung nur im Bestehen des Eigentumsanspruchs, der Vo. zu erblicken ist.

α. Hölder erklärt etwa: der Grund für die Notwendigkeit der dinglichen Klage ist der Umstand, dass der Eigentümer durch das Verbot der Selbsthilfe verhindert ist, dem Besitzer einfach die Sache wegzunehmen; deswegen wird für ihn gegenüber dem besitzenden Nichteigentümer die Wegnahmebefugnis zur Klagbefugnis, zur Befugnis ihm den Besitz im Weg der Klage abzufordern. Darum ist die Geltendmachung der Eigentumsklage nichts anderes als die Geltendmachung des Eigentums, so dass, wenn das Urteil über das Eigentum entschieden hat, dies im Verhältnis der Parteien positiv oder negativ festgestellt ist."

Hiebei mag man mit Freude den Nachdruck begrüssen, mit welchem betont ist, dass gerade der gegnerische Besitz zusammen

mit dem Selbsthilfeverbot die Vo. hervorgerufen hat. Man wird aber ebenso nachdrücklich betonen dürfen, dass nun eben der Schutz des Eigentums gegenüber den Besitzer seinen Ausdruck thatsächlich in einer, wie oben III a S. 65 gezeigt, selbständigen Norm gefunden hat, welche einen, andern obligatorischen Ansprüchen durchaus gleichartigen, Anspruch erzeugte: „weil jener nicht wegnehmen darf, soll dieser herausgeben“:

— cf. Schlossmann der Vertrag S. 266 —

und nachdem einmal ein solcher Anspruch formell selbständig aufgestellt ist, erscheint es nicht mehr notwendig, bei seiner praktischen Anwendung auf den Grund, der zu seiner besonderen Feststellung führte, zurückgreifen: das Eigentum ist zum vorbedingenden Rechtsverhältnis für den Eigentumsanspruch geworden. Der Fall liegt nicht anders, als wenn gesagt wird: „Wer gekauft hat, soll zahlen.“ Auch hier wird nicht festgestellt, dass jener gekauft hat, sondern nur, dass er ex empto zahlen soll[1]).

Damit ist aber auch die begriffliche Notwendigkeit weggefallen, in der Feststellung, dass ein Herausgabeanspruch durch Eigentum begründet sei, auch schon die autoritative Feststellung des begründenden Eigentums zu sehen: und da hiefür auch keine gesetzliche, positive, Notwendigkeit gegeben ist, so scheint für die Annahme der weiteren Wirkung keinerlei Grund vorzuliegen.

β. Gaupp-Stein giebt folgende Begründung:

3. Auflage: „Andererseits ist eine Entscheidung über den An„spruch undenkbar ohne einen bestimmten Rechtsgrund des „letzteren; daher wird bei der Rei Vo. nicht nur über die „Herausgabepflicht, sondern auch über das Eigentum, bei der „Exmissionsklage über das Mietrecht, bei der Negatoria über „die Dienstbarkeit, rechtskräftig entschieden.“ —

4. Auflage: „Es ist nicht angängig, den Ausspruch der Rechts„folge schlechthin ohne Verbindung mit dem zu Grunde „liegenden Thatbestand als den Gegenstand der Rechtskraft „anzusehen; wenn der Beklagte auf Grund des § 985 zur

1) Vgl. hiezu auch Thon S. 253, 254 oben (leider fehlt eine Ausführung der Normentheorie nach der Seite der Rechtskraft) ähnlich Hellwig S. 409 Anm. 32; 411 Anm. 40; 412 bis 414; die dies Gebiet streifenden Ausführungen S. 36 sind hier weniger wichtig. Verfasser freut sich, in diesen Ausführungen Hellwigs eine Bestätigung seiner auf Grund vorstehender Ueberlegungen selbständig gefundenen Auffassung gefunden zu haben.

„Herausgabe verpflichtet wird, so ist damit nicht seine Heraus-
„gabepflicht schlechthin, sondern seine Herausgabepflicht auf
„Grund Eigentums, und damit dieses selbst, in der
„Entscheidung rechtskräftig festgestellt.

Unter den in dem Kommentar hiefür beigebrachten Citaten stehen mit unserer Frage nur die Entscheidungen

R.G. Verein. Civ. Sen. Bd. 33. 4 und Seufferts Arch. 51 N. 227 in näherem Zusammenhang; auch sie beide sind aber nicht von durchschlagender Bedeutung:

1. R.G. cit. behandelt die Rechtskraftwirkung der Vo. überhaupt nur ganz gelegentlich, in ganz losem Zusammenhang mit der — selbst wieder als Abschweifung vom eigentlichen Thema zu bezeichnenden — Bemerkung: die Bedeutung des Wortes „Streitgegenstand" im Sinne des Streitwertes sei wesentlich die gleiche, wie im Sinne der Lehre von der Rechtskraft. Geklagt war auf Räumung der auf Grund eines vor fünf Jahren auf 12 Jahre geschlossenen Mietvertrags überlassenen Wohnung; die Klage stellt sich als condictio possessionis dar; der Wert der Räumungsklage ist streitig. Anstatt nun einfach zu sagen: der Wert der condictio ist der Besitz für die restlichen sieben Jahre, wird der Umweg genommen: „Umfang des Streitwerts ist „der Umfang der Rechtskraft: würde die Beklagte hernach auf „Grund des — in judicium deduzierten — Vertrags wiederholt „Besitzeinräumung fordern, so würde ihr die Einrede der Rechts-„kraft entgegenstehen, wie wenn sie die Feststellung auf Nicht-„bestehen des Mietverhältnisses beantragt hätte: —" Ein sol-„cher ausdrücklicher Antrag ist hiefür ebenso gleichgiltig, wie „bei der Vo. der ausdrückliche Antrag auf Eigentumsanerken-„nung: in beiden Fällen erschöpft materiell der Klagantrag das „zu Grunde liegende Recht, und dieses, nicht die geforderte „Leistung, ist daher als der wahre Gegenstand des Streites anzusehen."

Es ist hier offenbar der Satz, dass bei Vo. das Eigentum in Rechtskraft erwächst, als etwas Selbstverständliches, allgemein Anerkanntes, nicht aber als Thema probandum angeführt: liesse sich also nachweisen, dass die „allgemeine Annahme" zu weit geht, so kann demnach dieser Stelle keinerlei entscheidender Einfluss beigemessen werden; aus diesem Grund erübrigt sich auch eine materielle kritische Würdigung der Ausführung. Siehe übrigens die schon vorher citierten Hellwigschen Ausführungen.

2. In dem Fall Seuff. Arch. 51 Nro. 227 ist nicht ausdrücklich von der Rechtskraftwirkung der Vo. die Rede, sondern nur davon, dass, wenn die Negatoria, der wohl Vo. gleichzustellen, wegen Entgegenstehens einer Servitut abgewiesen ist, dann die Feststellung der Servitut als rechtskräftig zu behandeln sei. Der Wortlaut dieser Stelle wird nicht notwendig als entgegenstehend betrachtet werden müssen, wenn man behaupten wollte, es werde vorliegenden Fall nur festgestellt, dass die „Negatoria durch eine Servitut entkräftet sei."

Vergl. cf. Wach Vorträge S. 141 unten.

Sämtliche von Gaupp-Stein angeführten Stellen sind daher zur Bekämpfung der These:

„es wird, wenn auch nicht ein juristisch u n qualifizierter An-
„spruch, so doch auch nicht das Rechtsverhältnis, vielmehr der
„Anspruch, allerdings als Anspruch „aus Kauf, Eigentum, Miete",
„d. i. j u r i s t i s c h q u a l i f i z i e r t, festgestellt, —

nicht ausreichend; gegen sie allein liesse sich die These wohl durchführen.

γ. Trotzdem aber ist die These für das Vindikationsurteil des römischen Rechts nicht haltbar:

Windscheid § 130 S. 371 scheint mit dem Ausdruck „ein dingliches Recht wird geltend gemacht" nicht nur den absoluten, mangels eines erwachsenen Gegners ja überhaupt nicht einklagbaren, Eigentumsanspruch, sondern das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem bestimmten Gegner zu bezeichnen: seine Ausdrucksweise lässt kaum zweifelhaft, dass er als Gegenstand der Rechtskraftstellung nicht bloss den entsprechenden, forderungsähnlichen Anspruch, sondern das Recht selbst auffasst.

αα. Zwar die hiefür von Windscheid citierten Stellen:

L. 11 §§ 1. 5; 14 § 2; 30 D. h. t.
L. 159 D. 50, 17; L. 3 § 4 D. 41, 2

enthalten unseres Erachtens keine für die Frage in dieser Spezifizierung entscheidenden Aussprüche: schon deswegen nicht, weil in der Hauptsache nur von der gegen eine neue Klage zu gewährenden Einrede, d. h. der konsumierenden Funktion, die Rede ist, während die positive Funktion nur insoweit gestreift wird, als der erstmals mit der Vo. abgewiesene Gegner hernach seinerseits vindicieren will.

Die L. 15 D. 44. 2 mit ihrem Wortlaut, „Ex diverso pro-

nuntiatum videtur, tuam non esse", liesse sich zur Not auch — wenn man hervorhebt, dass ja „meum esse" der Wortlaut der Vo. ist —, dahin auslegen, dass nur das Zustehen der Vo. hier ausgesprochen oder verneint sein soll; jedenfalls aber bezieht sich keine der Stellen ausgesprochenermassen auf die Frage, ob Eigentum oder bloss Vindicatio festgestellt werde.

ββ. Als ausschlaggebend muss dagegen die von Windscheid nicht citierte L. 21 D. h. t. betrachtet werden

— Si fundum meum esse petiero, deinde postea usum fructum ejusdem fundi petam, qui ex illa causa ex qua fundus meus erat, meus sit, exceptio mihi obstabit, quia qui fundum habet, usum fructum suum vindicare non potest. . .

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob es sehr wahrscheinlich ist, dass der Eigentümer sein Eigentum bestreiten und den Beklagten dazu bringen werde, sich seinerseits auf die Exceptio rei judicatae zum Nachteil des klagenden Eigentümers zu stützen[1]); man mag daran denken, ob nicht einfach eine Verwechslung der dem Usufructuar gegenüber dem Eigentümer zustehenden Einwendung „Nemini res sua servit" mit der Exceptio rei judicatae stattgefunden hat; jedenfalls ist es auf Grund des Wortlautes unmöglich, die Stelle anders auszulegen als dahin, dass die Gesetzgeber die Ansicht aussprechen, die Exc. rei judicatae bei der Vo. wirke so, dass sie unmittelbar als Basis für die Anwendung des Satzes „Nemini res sua servit" verwendet werden kann. Zur Basis dieses Satzes reicht nicht die Vo., sondern nur das Eigentum aus; demnach haben die Gesetzgeber hier unzweideutig auf Grund des Vindicationsprozesses nicht nur die Vo., sondern das Eigentum, und zwar nicht nur zu Gunsten, sondern auch zu Lasten des obsiegenden Eigentümers, feststellen lassen; und sie waren von der Richtigkeit ihrer Ansicht so sehr überzeugt, dass ihnen nicht einmal der Zweifel kam, ob denn der vorliegende Fall sich nicht auch ohne die Zuhilfenahme der exceptio rei judicatae lösen lasse.

Demgegenüber möchte man noch versuchen, etwa aus L. 19 D. h. t. 44. 2 das Gegenteil herauszulesen, indessen vergeblich.

1) Uebrigens braucht ja der Konjunktiv „Meus sit" — der gewöhnliche, condizionale —, durchaus nicht das auszudrücken, dass der Satz „qui ex illa causa" . . ., als oratio obliqua und als Auffassung des Usufructuars gedacht sei, — so dass die „illa causa ex qua fundus meus erat" gerade den vom Usufruktuar in judicium deduzierten Klaggrund bezeichnete.

„Egit posterior (creditor) cum priore pignoraticia et optinuit: mox ille agere simili actione instituit: quaesitum est, an exceptio rei judicatae obstaret. Si opposuerat exceptionem rei sibi ante pigneratae, et nihil aliud novum et validum adjecerit, sine dubio obstabit; eandem enim quaestionem revocat in judicium.

Hier ist zwar gesagt, dass der gegenüber dem prior creditor obsiegende secundus creditor damit noch nicht notwendig eine rechtskräftige Feststellung dahin erhalte, dass er dem prior gegenüber ein besseres Pfandrecht habe; und man möchte daran denken, hieraus den Schluss abzuleiten, dass also nur die Herausgabepflicht auf Grund Pfandrechts, nicht aber dieses selbst, festgestellt werde. Diese Deduktion wäre aber nur dann zulässig, wenn zur Begründung des Herausgabeanspruchs auf Grund Pfandrechts, nicht bloss Pfandrecht, sondern besseres Pfandrecht behauptet werden müsste; da jedoch auf Grund der Ao. hypothekaria nur über das Pfandrecht des Klägers verhandelt und geurteilt wird, und die Behauptung des Beklagten „Er selbst besitze an der Sache ein besseres Pfandrecht", nicht als Klagbegründungsverneinung, sondern nur als Einrede erscheint, so enthält die Stelle nur den selbstverständlichen Satz, dass über Gegenrecht, welches nicht einredeweise geltend gemacht worden ist, auch nicht geurteilt ist: sie lässt sich daher auch nicht für unsere Frage, ob überhaupt Pfandrecht — und nicht bloss Herausgabeanspruch auf Grund Pfandrechts — festgestellt werde, nicht weiter verwerten.

γγ. Die neuere Litteratur macht sich zwar lebhaft an eine Revision der Lehre von den dinglichen Rechten und Ansprüchen: indessen macht man nirgends eine Anwendung der revidierenden Theorien auf die Frage der Rechtskraftwirkung der Vo.

Thon berührt die Frage der Rechtskraft weder im § 9 ff. (subjektive Rechte), noch im 5. Abschnitt unter Anspruch, noch auch unter VI. § 5;

Schlossmann ebensowenig, obwohl er, insbesondere Seite 266, 267 der Frage sehr nahe kommt; er möchte wohl in dem Falle:

„B. hat auf A.'s Vindikationsklage Anerkenntnisurteil gegen sich ergehen lassen, weil er irrtümlich an A.'s Eigentum glaubte; in Kenntnis von C.'s Eigentum erhebt er gegen A. Feststellungsklage auf C.'s Eigentum",

dem A. die exceptio rei judicatae versagen.

Kleinschrod (Ueber prozessualische Konsumption und Rechtskraft des Urteils) unterscheidet zwar anfänglich zwischen der Negatoria und dem Eigentum, „als der sie begründenden juristischen Thatsache", konstatiert aber später nicht, dass die Rechtskraft sich demnach nur auf die Negatoria, nicht auch aufs Eigentum erstrecken müsse.

Mayer, Anspruch und Rechtskraft S. 43 unterscheidet nicht. Nun vergleiche man wieder

Hölder Pand. S. 392 unten, welcher die weitergehende Wirkung des Vindikationsurteils voll und ganz aufrecht erhält, jedoch sich veranlasst sieht, zuzugeben, dass hiefür das vom § 293 (322) C.P.O. gebrauchte Wort „Anspruch" zu eng sei. —

Ferner Mandry, civ. Inhalt der R.G. S. 290 „die C.P.O. hat mit grösserer Entschiedenheit als die bisherige Theorie das ausgesprochen, dass die Rechtskraft nicht hinausreichen soll über Wissen und Willen der Parteien und des Gerichts" (vgl. cf. hiezu Schlossmann S. 267); — an der weiter über den Rechtsstreit hinausgreifenden, auch für die Prozessparteien gegen Dritte nicht benützbaren Feststellung des Eigentums haben allerdings weder die Parteien, noch das Gericht ein Interesse. —

Wach, Vorträge S. 136 Mitte, — wobei man allerdings, wenn man als petitum der Vo. eben nur den Herausgabeanspruch, nicht auch ein Feststellungsbegehren ansähe, eine bedeutende Verengerung des Umfangs des Petitums erreichen könnte.

Heranzuziehen ist weiter die, zwar nicht von der Vo., wohl aber von dem ebenfalls gegen Dritte wirkenden Musterschutz handelnde, R.G. Entscheidung bei Seuff. Arch. 53. 195.

„A. klagt auf Grund seines eingetragenen Musters im Jahr „1892 gegen B; er habe „unter Strafdrohung die Herstellung „(gewisser Deckplatten) zu unterlassen und in die Beseitigung „seiner seit 1899 hergestellten Produkte zu willigen." Urteil ergeht ebenso. Im Jahr 1893 klagt er auf Grund obigen Thatbestands auf Schadensersatz wegen der Musterschutzverletzungen des Beklagten vom Jahr 1889 bis 1892.

Hier wird Rechtskraft angenommen für (wörtlich) folgende Feststellung:

„Damit ist ein Rechtsverhältnis unter den Parteien festge„stellt, dass ein kunstgewerbliches Urheberrecht der Klägerin „die Befugnis des Beklagten, Aehnliches herzustellen, aus„schliesst; mit andern Worten, dass solche Deckplatten un-

„zulässige Nachbildungen des der Klägerin geschützten Mo-
„dells sind“ —

und fortgefahren: „Diesen Inhalt des Urteils muss der Beklagte „auch im jetzigen Prozess — auf Schadensersatz „wegen früherer Nachbildung — gegen sich gelten „lassen“.

In dem Urteilstenor ist also zunächst nur der Anspruch auf Unterlassung weiterer Produktion und Beseitigung der seitherigen Produkte festgestellt; diese Feststellung lässt sich mit dem Herausgabe- oder Beseitigungsanspruch der Vo. oder Negatoria vergleichen. Für den späteren Prozess, über den — von beiden eben erwähnten Ansprüchen durchaus verschiedenen — Geldanspruch „auf Schadensersatz wegen der früheren Produktionen“, aber wird der dem Urteilstenor zu Grunde liegende Entscheidungsgrund, „dass die Herstellung rechtswidrig gewesen sei“, als rechtskräftig benützt. Man braucht nun nicht anzunehmen, dass damit die thatsächliche Feststellung als getroffen gelten soll, „dass der Beklagte Platten der fraglichen Art hergestellt habe“; es ist vielmehr anzunehmen, dass dies bewiesen oder zugestanden ist, und dass die Rechtskraft nur zur streitigen Entscheidung für das rechtliche Moment „die so vom Beklagten hergestellten Platten seien rechtsschutzwidrig hergestellt“, angezogen wurde:

Immerhin geht diese Anwendung der Rechtskraft weit über die oben zur Untersuchung verstellte Einschränkung hinaus: sie stellt nicht nur die eingeklagten Ansprüche, sondern ein ihnen zu Grund liegendes Rechtsverhältnis fest; und sie entspricht somit, indem sie sich zwar auf den Rahmen der beiden Parteien beschränkt, innerhalb desselben genau der von der L. 21 cit. getroffenen Eigentumsfeststellung.

Einheit des Vindikations- und des negatorischen Anspruchs mit dem Eigentum in dem Sinn, dass bei beiden Klagfundament und Klagziel das Eigentum, sonach auch, bei Gleichbleiben des Eigentums, Uebergang von Vo. zur Negatoria keine Klagänderung ist, nimmt auch die von

Scherer, Komm., Sachenrecht, S. 158, citierte R.-G.-Entsch. (II.) 21. IV. 91 an.

Es kann nun nicht bestritten werden, dass der von dem Urteil Seuff. Arch. 53 beliebte Gebrauch der exceptio rei judicatae, soweit inter partes, etwas durchaus Vernünftiges und praktisch Zweckmässiges hat. Immerhin ist damit noch nichts darüber ge-

sagt, ob es zweckmässig, notwendig oder zulässig ist, die Eigentumsfeststellung etwa auch über die Verhältnisse der Parteien hinaus wirken zu lassen, etwa in dem oben S. 72 bei „Schlossmann" citierten Fall; die Feststellung des Eigentums hat allerdings das Inconzise, das hier vom Richter etwas mehr autoritativ erklärt wird, als hernach von der Autorität des Urteils — die sich in der exceptio rei judicatae äussert, — gedeckt wird. —

δ. (γ. S. 70.) Nach alledem lässt sich nicht von einer Einheitlichkeit der Ansichten, ja vielleicht kaum von einer „herrschenden" Meinung sprechen; die vorstehenden Zusammenstellungen haben aber wohl den Wert, dass sie zeigen, wie sehr verschieden die — sämtlich nicht ohne Weiteres als unmöglich von der Hand zu weisenden — Theorien sind; — und weiter, dass eine absolute logische Notwendigkeit, die Lehre von der Rechtskraft im einen oder andern Sinn aufzufassen, und ebenso eine einzig und allein mögliche Regelung der Rechtskraftlehre nicht gegeben ist.

d) (c. S. 67.) Deswegen genügt es zur Widerlegung der Mot. S. 396 durchaus nicht, wenn man ihnen Neuheit oder Unvereinbarkeit mit einer der seitherigen Theorien vorwerfen wollte. Für unsere Untersuchung über die Natur des Vindikationsanspruchs ist aber die Entscheidung der Frage der Rechtskraft nicht einmal notwendig; es genügt uns vielmehr zu wissen, dass die Motive — hierin vom Gesetz nicht strikt widerlegt — eine Trennung der Feststellung vom Eigentum und Vindikationsanspruch für angängig, somit die Anschauung der L. 21 und Hölder's nicht für allein möglich, dagegen den Vindikationsanspruch auch in dieser wichtigen Hinsicht für selbständig gehalten haben.

Damit ist ein Einwand, welcher seither der Gleichbehandlung der obligatorischen Ansprüche mit den dinglichen, alten und neuen Rechts, anscheinend sehr schwerwiegend, im Weg stand, weggefallen. —

E. Die besonderen Gründe für die Entstehung und den Untergang der Vo.[1])

— sowohl auf aktiver wie auf passiver Seite — braucht man

1) Nicht zu behandeln sind hier die neuen Eigentumserlöschungsgründe bei Erwerb von Nichtberechtigten, sowie diejenigen des sogenannten „revocablen Eigentums": beide beeinflussen die Eigentumsansprüche nur indirekt.

ebenfalls nicht als ein wesentliches, unterscheidendes Merkmal der dinglichen Ansprüche zu betrachten:

Hinsichtlich der aktiven Seite, siehe Hölder Pand. S. 340 (in wohl durchgreifendem Widerspruch gegen Brinz);

hinsichtlich der passiven Seite ist an die Actiones in rem scriptae des Alten Rechts, für's Neue an § 883 Abs. 2, § 999 Abs. 2 zu erinnern; hier endigt die Passivlegitimation mit dem Besitz;

das nach oben Seite 41 ss, bes. 46 gewöhnlich anzunehmende Erlöschen der Vo. bei Eigentumswechsel hat sein Gegenstück im Verlust der Aktivlegitimation für die Exhibitionsklage bei Wegfall des Interesses, §§ 809, 810 B.G.B; —

und es würde hier zu weit führen, die verschiedenartigen Berechtigungen und Verpflichtungen des neueren, insbesondere des Gesellschafts-, Vereins- und Aktienrechts aufzuzählen, welche mit dem Eintreten oder Aufhören einer Mitgliedschaft oder anderer Verhältnisse beginnen oder endigen.

§ 12.

Der Anspruch aus Beeinträchtigung des Eigentums, § 1004.

Schon die Wortfassung des Paragraphen — „in anderer Weise" spricht aus: Die Störung erscheint ebenso, wie die Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes, welche zur Vindicatio, Herausgabeanspruch, führte, als eine Beeinträchtigung des Eigentums: Störung, wie Entziehung oder Vorenthaltung, sind also Unterbegriffe des gemeinsamen Oberbegriffs „Beeinträchtigung".

Die Vergleichung ergiebt folgendes: Die Beeinträchtigung durch Entziehung oder Vorenthaltung ist einesteils, wie schon die Anschauung ergiebt, die umfassendere, schwerwiegendere; anderenteils kommt dem Besitzer der fremden Sache, die er nicht vom Eigentümer erhalten hat, die vom B.G.B. neu aufgestellte Eigentumspräsumtion zu gut, so dass nicht schon die blosse Nichtkenntnis des fremden Eigentums als vertretbare Fahrlässigkeit — § 823. 275 B.B.G. — betrachtet wird[1]).

Immerhin hat die Vermutung: „dass der aus dem gleichen

1) Uebrigens liegt es auf der Hand, dass die Beseitigung eines Zustandes; — der etwa ursprünglich durchs Nachbarrecht gedeckt, sich im Lauf der Zeit ohne Verschulden zu einer Beeinträchtigung entwickelt haben mag — zuweilen umständlicher und lästiger, auch kostspieliger sein kann als Herausgabe oder Räumung.

Rechte (Eigentum) entspringende, demselben Oberbegriff („Beeinträchtigung desselben") in gleicher Weise wie jener subordinierte Unterbegriff „andere Beeinträchtigung" sich in seiner rechtlichen Behandlung nicht wesentlich von jenem unterscheiden wird", so viel für sich, dass sie durch die vorerwähnten Unterschiede nicht erheblich beeinflusst wird. Und in der That ergiebt sich die völlige Gleichartigkeit mit dem Herausgabeanspruch.

I. Der Anspruch auf Beseitigung der körperlichen Beeinträchtigung, § 1004 Satz 1.

1. Er geht immer auf ein H a n d e l n, und zwar, da das Gesetz — absichtlich — nichts anderes bestimmt, auf eigene Kosten. Aus den Motiven:

Mot. S. 423 bis 426, Mugdan S. 236,

ergiebt sich, dass die Festsetzung der Kostenpflicht, deren theoretische Begründung als zweifelhaft anerkannt wurde, aus Rücksichten der Gesetzgebungspolitik (Prozessverminderung, Rechtsvereinfachung) erfolgte.

Da er i m m e r auf ein Handeln geht, ist er vielleicht noch obligationsähnlicher als der Herausgabeanspruch. Trotzdem aber geht der Anspruch nicht auch — ohne die Voraussetzungen des § 823 — auf Schadensersatz[1]).

2. Der Anspruch verjährt; dies ergiebt sich mit Bestimmtheit aus § 194, 1004 Abs. 1 und 2, vergl. ausserdem die Bestimmung des § 1028.

3. Er ist cedierbar (etwa an den blossen Besitzdiener). Inwieweit in solchen Fällen blosse Bevollmächtigung des Besitztümers zur Klage richtiger wäre, braucht nicht erörtert zu werden.

4. Auch für die Zwangsvollstreckung gelten keinerlei besondere Regeln (§ 887, 888 C.P.O.).

5. Die Rechtskraftwirkung: Hier handelt es sich um eine ausgesprochene Pflicht des Handelns an der Sache, nämlich ihre Befreiung von zuständlichen Einwirkungen; deswegen tritt die Provenienz dieser Pflicht aus dem Eigentum gegenüber der oben Seite 65—67 herangezogenen römischen Auffassung, wonach lediglich das Gewährenlassen des Eigentums vorliegt, noch vielmehr in den Hintergrund; und der Beseitigungsanspruch — noch ausdrücklich als Anspruch bezeichnet — erscheint noch vielmehr als

1) Dies ist übrigens, vergl. Windscheid, Bd. I § 198 S. 591; bes. N. 5 keine Aenderung gegenüber dem richtig verstandenen gemeinen Recht.

der Herausgabeanspruch als ein im Sinn des § 322 C.P.O. dem Eigentum gegenüber selbständiger,

cfr. Meissner zu § 1004 Ziff. 2

Dernburg, Sachenrecht, § 125 Note 4 c., Seite 339.

6. Die Passivlegitimation. Auch das Ausscheiden aus der Passivlegitimation mit dem Aufhören des Beeinträchtigens hat so wenig Auffallendes wie beim Herausgabeanspruch. Zur richtigen Anwendung des Worts „Störer" ist zu bedenken:

einerseits, dass mit der Klage aus dem Eigentum nur der gegenwärtige, mit dem derzeitigen Eigentum nicht übereinstimmende Zustand, nicht etwa eine frühere Einwirkung, welche den Zustand der Sache dauernd beeinflusst hat, behoben werden kann, siehe oben S. 26 c;

andererseits, dass „Störer" nur derjenige genannt werden kann, mit dessen Willen und durch dessen Willen die Beeinträchtigung heute noch besteht; „Störer" im Sinne des § 1004 kann also nur derjenige heissen, der die rechtliche Macht hat, die Beeinträchtigung zu erhalten und zu beseitigen. Wird also nach Veräusserung eines mit lästiger, zu beseitigender, Anlage ausgestatteten Grundstücks der Verkäufer, Errichter der Anlage auf Beseitigung belangt, so würde er mit Recht seine Passivlegitimation bestreiten; während andererseits immerhin zweifelhaft ist, ob schon die blosse Dereliction des mit der Störung der Anlage versehenen Grundstücks ihn befreien würde.

Auch für die Aktivlegitimation muss das oben Seite 75. 76 E., vergl. oben S. 41 ss. 46, Ausgeführte über Verlust oder Neu-Entstehung des Anspruchs bei Eigentumsübergang gelten.

II. Der Anspruch auf Unterlassung der Störung.

1. Zunächst ist hier zurückzukommen auf oben S. 21. 22. Die Zulassung des Anspruchs auf Unterlassung widerspricht nicht dem daselbst Ausgeführten, wonach kein „Anspruch gegen jedermann" bei unverletztem Recht angenommen wird: denn es ist hier ein bestimmter Gegner, nämlich derjenige, von welchem weitere Störungen zu besorgen sind, gegeben, und die Motive

— Seite 426, Mugdan II. S. 238 —

behandeln die Gefährdungsbesorgnis hier als Verletzung.

Man kann dabei dahingestellt lassen, ob diese Behandlung streng genommen logisch korrekt ist; man mag diese Annahme als eine nicht sehr geschickte Fiktion bezeichnen: die Notwendig-

keit, einen solchen Anspruch aufzustellen, war praktisch gegeben. Denn es war einerseits

1. die theoretische Zulässigkeit einer Leistungsklage auf „Unterlassung“ einer — nicht präsenten — Störung sehr fraglich;
2. die reine Feststellungsklage nicht vollstreckbar, also auch nicht unter § 775 (alt) C.P.O. zu subsumieren; auch
3. die generelle Bestimmung des § 259 (neu) C.P.O. in dem dem Reichstag vorgelegten Entwurf zur Novelle noch nicht enthalten;

andererseits besteht allerdings ein starkes Rechtsinteresse an der Vollstreckbarkeit solcher Klagen. Dass diese letztere der Hauptzweck, zeigt die Fassung „kann k l a g e n“ (opp. sonst „kann verlangen“ oder „ist verpflichtet“) [1]).

2. Die Besprechung dieses Anspruchs ist schwierig und unbequem; denn es sind über ihn fast keinerlei Anhaltspunkte gegeben, andererseits ist der rein auf den Prozess als Zweck hinweisende Wortlaut, sowie die oben erwähnte, eigentlich fiktiv zu nennende Begründung nicht geeignet, zu Konstruktionsversuchen zu ermutigen; endlich sind auch über die etwa mit ihm zu vergleichenden, anderweit im Recht der Schuldverhältnisse enthaltenen, Ansprüche auf Unterlassung keine einzelnen Bestimmungen gegeben.

3. Immerhin mag folgendes festgestellt werden:

a) Das B.G.B. kennt einen rite klagbaren Anspruch auf Unterlassung gemäss § 1004, wenn nach (oder bei) einer Beeinträchtigung weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind.

b) Dieser klagbare Anspruch muss vollstreckbar sein, und zwar, in Ermanglung anderer Bestimmungen, gemäss § 890 Abs. 1 und 2 C.P.C. Der genaue Tenor des Unterlassungsurteils wird jeweils nach Lage des Falls, insbesondere nach der Art der Beeinträchtigung, lauten müssen und können [2]).

c) Er wird nicht als unverjährbar behandelt; vielmehr weist die ausdrückliche Berücksichtigung der Verjährung der negativen Ansprüche in § 198 einigermassen darauf hin, dass die Ver-

---

1) Dass der Hauptnachdruck des § 1004 Satz 2 auf dem Wort „kann klagen“ beruht, nimmt auch Hellwig an, — für den, bei seiner Auffassung, — dass der Anspruch auf Unterlassung schon vor der Rechtsverletzung besteht, das einzige konstitutive Element des Paragraphen in der Bestimmung der K l a g v o r a u s s e t z u n g: „Besorgnis weiterer Störungen“ liegt (S. 351 ff.).

2) Hiedurch erledigen sich wohl die Bedenken bei Wendt S. 100 und S. 85.

jährung auch etwaiger sachenrechtlicher Unterlassungsansprüche nicht als unmöglich gedacht wurde.

α. Der Verjährung unterliegt jedenfalls der aus der Zuwiderhandlung sich ergebende Restitutionsanspruch
— so Hölder zu § 198 —,
derselbe ist ja ein gewöhnlicher Anspruch auf Handeln:

β. Die danebenher fortdauernde Verpflichtung des einzelnen Gegners auf Unterlassen wird man nicht wohl, wie dies für den Herausgabeanspruch anging, als einen einzigen, der Verjährung fähigen Anspruch behandeln können: es wird vielmehr die fortwährende Neuentstehung einzelner, zunächst befriedigter und deswegen nicht verjährender, Unterlassungsansprüche anzunehmen sein, und die Verjährung aller dieser Unterlassungsansprüche wäre wohl nur in dem Fall zu bejahen, wenn die Zuwiderhandlung das ganze Verhältnis so völlig decken würde, dass die Unterlassungspflicht eben nach gar keiner Seite mehr erfüllt wäre. Hierauf kann nicht weiter eingegangen werden.

d) Er ist cedierbar, etwa an den Besitzdiener.

e) Auch für die Frage der Rechtskraft ist nicht anzunehmen, dass andere Resultate sich ergeben, als oben S. 63—75.

f) Die Frage nach Entstehung und Untergang des Anspruchs führt zu eigentümlichen Erwägungen, welche für die Natur des Anspruchs von Bedeutung werden;

α) Nach dem Wortlaut von 1004 wäre zunächst anzunehmen, dass der Anspruch erlischt, wenn die Besorgnis der Beeinträchtigung nicht mehr besteht. Das würde, möglichst plausibel ausgedrückt, heissen: „Der Anspruch auf Unterlassung erlischt, wenn das Unterlassen wieder wahrscheinlich geworden ist".

Die Möglichkeit einer solchen gesetzlichen Begrenzung eines Anspruchs besteht, cf. § 985. 809. 810, oben S. 76; während aber die Begrenzung dort ihren guten und vernünftigen Sinn hat, erscheint sie hier, wenigstens in der aus dem Wortlaut sich ergebenden Form, als unlogisch. Demnach kann nicht der Anspruch, sondern nur seine Klagbarkeit als erloschen gelten, und es ist also der § 1004 — insoweit mit Hellwig — immerhin so auszulegen, dass er lediglich die Prozessvoraussetzung für einen schon früher bestehenden Anspruch, oder die Bedingung der Klagbarkeit für eine schon zuvor als bestehend geltende Verbindlichkeit, aufstellt.

Das Eintreten und wieder Wegfallen einer Klagvoraussetzung hat ein Beispiel in dem Eintreten und Wegfallen des rechtlichen Interesses bei den Feststellungsklagen; der Gedanke, dass die dem Eigentum oder andern dinglichen Recht entsprechende Gebundenheit der Dritten zwar nicht an sich klagbar sei, aber doch unter Hinzutritt gewisser Bedingungen — nämlich bei Hinzutreten bestimmten Gegners und bestimmter Besorgnis — klagbar werden könne, hat etwas Befriedigendes; ähnliche Erscheinungen, dass gewisse Verbindlichkeiten nicht durchweg, sondern nur in gewissen Fällen oder für gewisse Beziehungen Rechtserheblichkeit haben, giebt es im Alten Recht — Windscheid II § 289 —, wie jetzt im Neuen (z. B. § 656 Satz 2, 762 Satz 2).

β) Giebt man aber zu, dass § 1004 Satz 2 nur eine Prozessvoraussetzung für eine auch sonst bestehende Verbindlichkeit bietet, so kann man, nur mit dem Unterschied, dass man nicht vollen Rechtsanspruch, sondern nur eine natürliche Verbindlichkeit als anerkannt annimmt, immerhin auf Grund der von Hellwig § 49 gegebenen Darstellung zu seinem Ergebnis kommen.

§ 259: „Klage auf künftige Leistung kann ausser den Fällen „des § 257, 258 erhoben werden, wenn den Umständen nach „die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der „rechtzeitigen Leistung entziehen wird".

Die Subsumption der Ansprüche auf Unterlassen unter die Klagen auf „künftige Leistung" erscheint zwar zunächst sprachlich etwas auffallend; nun ist aber Leistung im Sinn des § 249 sowohl Handeln als Unterlassen, und der Zweifel, ob mit dem Ausdruck, „deren Leistung man sich entziehen kann", auch negative Leistungen gemeint sein können, wird trotz der sprachlichen Inkonzinnität nicht durchdringen; streng genommen passt der Ausdruck „sich entziehen" auch nicht für eine streng positive Leistung; vielmehr entzieht man sich der auf Unterlassen oder Handeln gerichteten Verbindlichkeit. Sonach ist auch der etwas auffallende Wortlaut kein Hindernis für unsere Annahme, und man kommt zu dem Ergebnis, dass nicht nur eine Beeinträchtigung, sondern auch schon ein anderweiter Besorgnisgrund ausreicht, um die zunächst unklagbare Verbindlichkeit zur klagbaren zu machen; also auch, je nach Lage des Falls, gelegentlich eine blosse turbatio verbis, wenn sie nicht ganz geringfügig ist. Ein Missbrauch dieser Rechtserweiterung ist nicht zu befürchten; nachdem schon einmal bei Besorgnis der Störung oder bei Störung ein Urteil auf

Feststellung des Rechtsverhältnisses ergehen kann, ist es ein sehr naheliegender und in der gleichen Entwicklungsreihe liegender Schritt, nun auch schon im Voraus für Verletzung dieses festgestellten Rechtes eine Strafe anzudrohen (§ 259 in Verbindung mit 887, 888 C.P.O.)

cf. Hellwig S. 394

Dernburg III. S. 367.

γ) Mit Vorstehendem ist Stellung genommen sowohl zu Hellwig Seite 36 (zwar nicht Rechtsanspruch, aber immerhin natürliche Verbindlichkeit), als auch zu der Controverse zwischen Hellwig und Wendt

Hellwig § 54, 2 S. 388 f.

Wendt S. 86 und S. 92 ff.

Die Beweislastverteilung des § 345 des B.G.B., aus welcher Wendt die klagbegründende Wirkung der Beeinträchtigung oder Zuwiderhandlung ableitet, lässt sich ebensogut auch für die nur prozessbegründende Wirkung derselben herbeiziehen.

4. Weitere Anhaltspunkte über den Unterlassungsanspruch finden sich nicht im Gesetz. Es stimmt dies mit unserer Auffassung desselben als blosser natürlicher (nicht Rechts-) Verbindlichkeit; inwieweit sich die blosse natürliche Verbindlichkeit etwa nach Regeln des Obligationenrechts — welche zunächst nur für vollwirksame Rechtsansprüche gegeben sind — richtet, wäre zum Gegenstand einer besonderen theoretischen Untersuchung zu machen; hier kann eine solche unterbleiben. Da übrigens der dingliche Anspruch auf Unterlassung, ohne Andeutung irgend welchen Unterschieds in der rechtlichen Behandlung, im gleichen Paragraphen mit der Negatoria (Restitutionsanspruch) und im gleichen Abschnitt mit der Vo. festgestellt, auch in den Motiven nur beiläufig behandelt wird; und da auch aus den vorerwähnten Vergleichsmomenten Ziff. 3 S. 79. 80 kein nennenswerter Unterschied gegenüber gewöhnlichen obligatorischen Ansprüchen hervortritt, so wird dem Schluss, dass er so gut wie die beiden andern Eigentumsansprüche nach den Regeln über die Schuldverhältnisse behandelt werden kann, nichts im Wege stehen.

Zweiter Unterabschnitt:

Die Ansprüche aus den beschränkten Rechten an der Sache.

Erster Titel.

1. Erbbaurecht, Dienstbarkeiten und Mobiliarpfandrecht.

§ 13.

Von jeher gelten die übrigen Sachenrechte als eine dem Eigentum analoge, nur beschränktere, Beherrschung der fraglichen Sache; sowohl für die ihren Inhalt bildende Befugnis, als für die ihnen entsprechenden Ansprüche nach aussen, lässt man ohne Bedenken den Analogieschluss zu.

Vergl. auch Mot. S. 490 Ziff. 2, Mugdan S. 273.

Es ist deswegen für die aus den dinglichen Rechten entstehenden Ansprüche zu vermuten, dass auch auf sie die Regeln des Rechts der Schuldverhältnisse, Allg. Teil, Anwendung finden können. Hiebei muss jedoch von vorneherein auf das Verhältnis geachtet werden, in dem der Eigentümer der belasteten Sache selbst zum Berechtigten steht. Während das Eigentum, solange unverletzt, jedermann gleich sehr oder gleich wenig zum Gegner hat, entwickeln sich hier, bei der engeren Verbindung des Eigentümers mit seiner — belasteten — Sache, schon vor der Verletzung gewisse Beziehungen zwischen Eigentümer und Berechtigten; so dass man — insbesondere beim Niessbrauch, aber auch bei einzelnen Servituten — in noch viel höherem Mass wie für jeden Dritten, für den Eigentümer des belasteten Grundstücks von einer Verbindlichkeit zur Unterlassung einer Störung des Berechtigten reden möchte. Die Notwendigkeit und das Naheliegen des Uebergangs zwischen Recht und Rechtsduldung einerseits, Rechtsanspruch andererseits zeigen die §§ 1020, 1022, ferner die Anzeige-, Androhungs- u. s. w.-Pflichten. Auch hier aber kann es sich, solange keine Zuwiderhandlung oder Störung vorliegt, oder nicht eine vom Recht ausdrücklich auferlegte Rechts- (etwa Unterlassungs- u. s. w.-) Pflicht verletzt ist, nur um eine dem Recht entsprechende natürliche Verbindlichkeit auf Unterlassen handeln; bei Besorgnis einer Zuwiderhandlung gegen das dingliche Recht wird die Ausführung § 12. II. S. 78 ss. zutreffen; wenn eine Zuwiderhandlung im richtigen, engeren Sinn, eingetreten ist, so liegt ein klagbarer Anspruch aus Rechtsverletzung vor.

Auch hier ist deswegen genau zwischen Recht und Rechtsbethätigung, natürliche Verbindlichkeit auf Duldung einerseits,

Rechtsverletzung und Restitutionsanspruch andererseits zu unterscheiden.

I. Das B.G.B. hat den Unterschied auch recht scharf präzisiert.

1. Die Eintragung des Rechts sichert den Anspruch „aus dem eingetragenen Recht“ (unter Anspruch ist in erster Linie an die Reallast mit ihren wiederkehrenden Leistungen zu denken) vor der Verjährung — § 902.

2. Die unrichtige Löschung eines eingetragenen Rechts hat die Wirkung, dass nun „der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer“

(— der aus dieser objektiven Rechtsverletzung gegen den Eigentümer zustehende Anspruch auf Herstellung des richtigen Verhältnisses, Confessoria — und wohl auch bei Reallast die fällige Leistung)

verjährt, und dass mit der Verjährung des Anspruchs das Recht selbst erlischt. § 901 Satz 2 enthält denselben Satz in analoger Anwendung.

3. Es wird weiterhin ausdrücklich der Anspruch „auf Beseitigung einer Störung“ von dem gewöhnlichen Schadensersatzanspruch unterschieden: würde die Beseitigung einfach unter den Begriff des Schadensersatzes fallen, so wäre der § 1028 überflüssig.

4. Dahingestellt bleiben mag, ob die im § 902 Satz 2 gegebene Subsumption der Schadensersatzansprüche unter die Ansprüche „aus dinglichen Rechten“ zutrifft; denn für die dinglichen Rechte liegt, wo Schadensersatzanspruch (im strengen Sinn) geltend gemacht wird, nach der eigenen Auffassung des B.G.B.

Motive S. 394, Mugdan S. 219

immer ein Dazutreten von Schuld, somit Obligation vor, siehe oben § 7. II. S. 24 ff. Der Ausdruck ist wohl deswegen gewählt, weil auch die Forderungsrechte aus Reallast und etwaige Ersatzpflichten aus diesen, — nämlich bei persönlicher Haftung des Eigentümers etwa aus vertretbarer Nichterfüllung, — inbegriffen sein sollten.

5. Wenn dagegen in § 1027 die Ansprüche des § 1004 als „Rechte“ bezeichnet sind, so darf wohl hieraus nicht zu viel entnommen werden; es scheint, dass das Wort „Recht“ namentlich gebraucht ist mit Hinsicht auf die hauptsächlich für den Prozess wichtige Klagbefugnis.

II. Andererseits wird bei ihnen sämtlich auf die aus der Verletzung des Rechts sich ergebenden Ansprüche aus dem Eigentum verwiesen;

a) auf § 1004

bei 1027 Grunddienstbarkeiten
1090 persönl. Dienstbarkeiten; für
1093 wird durch das Citat von 1036, ferner das Citat 1026—1029 in § 1090 Abs. 2, ebenfalls der § 1004 herangezogen; über
1020 siehe vorne Seite 11, unter V. 1. Ziff. 15.

b) auch auf § 985 bei den mit Besitz verbundenen Rechten, Erbbaurecht und Niessbrauch (1017. 1065)[1]).

c) Dasselbe (b) gilt auch für das Mobiliarpfandrecht (§ 1027); und zwar sowohl für das mit ihm verbundene Besitz- bezw. Mitbesitz-Recht (1205, 1206, 1231), als auch für das Fruchtziehungsrecht (1213). (Ueber den Rückgabeanspruch gemäss 1254 siehe oben S. 15 Ziff. 44.) Dingliche Wirkung gegenüber einem Dritten wird auch das Befriedigungsrecht des § 1003 Satz 2 haben.

Eine kurze Notiz über das Schiffspfandrecht siehe S. 125.

Ueber das Pfandrecht an Wertpapieren, siehe S. 125 ss.

Ueber die Seite der Haftung siehe unten.

III. Sonach bildet auch für diese, gemäss ausdrücklicher Vorschrift nach Analogie von 985 und 1004 zu behandelnden Ansprüche ihre Provenienz aus den Sachenrechten ebensowenig wie bei 985 und 1004 und den aus ihnen durch Erweiterung entstehenden Ansprüchen ein Hindernis für die Anwendung des allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse.

Zweiter Titel.

2. Das Wesen der Pfandhaftung.

I. Vorauszuschickendes.

Die weiteren, im dritten Buch genannten Rechte, Vorkaufs-

1) Man wird für das mit Besitz verbundene Wohnungsrecht wohl daran denken können, ob nicht durch das Citat von 1036 (Besitzrecht des Niessbrauchers) auch dessen Herausgabeanspruch gemäss 985 hereingezogen werde; dies ist übrigens praktisch gleichgiltig, da ja die Besitzentziehung zugleich eine Beeinträchtigung des Wohnungsrechts darstellt, und so die Beseitigung der Beeinträchtigung zugleich mit der Besitz-Rückgewährung identisch ist.

recht, Reallasten und Hypothek, unterscheiden sich von den seither genannten dadurch, dass sie teils gar keine Herrschaftsausübung an der gegenwärtigen Substanz der Sache zulassen —, so das Vorkaufsrecht, unten S. 154, teils nur eine sehr geringe, nämlich die Immobiliarpfandrechte und die Reallasten (über letztere unten S. 129); beider hauptsächlichster Inhalt besteht nur in der Möglichkeit, später die Veräusserung der Sache behufs Befriedigung des Gläubigers aus ihrem Wert herbeizuführen; und so wird in der That die Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld vom B.G.B. in gewissen Hinsichten von den übrigen Rechten an Grundstücken unterschieden:

§ 1551, Abs. 2: Für die Fahrnisgemeinschaft gehören Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld nicht zum unbeweglichen Vermögen.

§ 1821 Abs. 2: Der Vormund bedarf zur Verfügung über Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld nicht immer, — wie bei den übrigen Rechten an Grundstücken —, sondern nur im Fall des § 1822 Z. 13 die vormundschaftsgerichtliche, — sonst nur gemäss 1812, wie zur Verfügung über gewöhnliche Forderungen, die gegenvormundliche Genehmigung.

Die Untersuchung dieser Rechte und der aus ihnen sich ergebenden Ansprüche hat, bei unserer Aufgabe, zunächst insbesondere im Hinblick auf die bekannten Fragen zu erfolgen, ob die Immobilarpfandrechte wirklich, oder auch, ob sie ausschliesslich Rechte an fremder Sache, und nicht vielmehr eigentlich Obligationen unter Beschränkung der Haftung — allerdings des jeweiligen Eigentümers — auf das Grundstück seien. (Es mag schon hier auf Wendt, Unterlassungen Seite 92, verwiesen werden, welcher anstatt des Rechts auf Zwangsvollstreckung nur die Duldungspflicht hervorhebt.)

A. Gesetzestext.

I. a) Das B.G.B. definiert die Immobiliarpfandrechte dahin, „dass an den Berechtigten eine bestimmte Summe aus dem Grundstück zu zahlen ist“:

§ 1113, 1191, 1199 B.G.B.

b) Der Entwurf I hatte als Definition:

1. 1062 Hypothek: Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass eine bestimmte Person berechtigt ist,

wegen einer bestimmten Geldforderung Befriedigung aus dem Grundstück zu verlangen.

2. 1135 Grundschuld: Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass eine bestimmte Person, Grundschuldgläubiger, berechtigt ist, zu verlangen, dass für sie eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück im Weg der Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung beigetrieben werde.
3. 1075: die Hypothek begründet für den Gläubiger den Anspruch, dass die Forderung, soweit sie fällig geworden ist, aus dem belasteten Grundstück und den mithaftenden Gegenständen im Weg der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung des Grundstücks beigetrieben werde.
4. 1079: Ist die Fälligkeit der durch die Hypothek gesicherten Forderung von einer Kündigung abhängig, so ist in Ansehung des „Anspruchs aus der Hypothek“ zur Wirksamkeit der dem Gläubiger zustehenden Kündigung erforderlich und genügend, dass ..... (Vgl. 1141: B.G.B. hängt die Fälligkeit der Forderung von einer Kündigung ab, so ist die Kündigung für die Hypothek nur wirksam, wenn sie . . .)
5. 1140: Der Grundschuldgläubiger kann nach Massgabe des § 1135 von der Grundschuldsumme Verzugszinsen verlangen, „wenn gegenüber dem Eigentümer des belasteten Grundstücks die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen ein Schuldner in Verzug kommen würde.
   (Ebenso § 1146 B.G.B.: „Liegen dem Eigentümer gegenüber „die Voraussetzungen vor, unter denen ein Schuldner in Ver„zug kommt, so gebühren dem Gläubiger Verzugszinsen aus „dem Grundstück“).
6. 1141: Der „Anspruch wegen rückständiger Grundschuldzinsen“ ist nach den Vorschriften zu behandeln, welche für den Anspruch wegen rückständiger Hypothekenzinsen gelten.

II. Zur Untersuchung folgen nun die zunächst massgebenden Stellen der endgiltigen Gesetzesfassung.

A) B.G.B.: a) Die Seite des Rechts wird betont in

1113: s. oben.

1118: „Die Hypothek haftet“ auch für die gesetzlichen Zinsen der Forderung.

1119: Die „Hypothek kann dahin erweitert werden", dass das Grundstück für Zinsen bis 5 % haftet.

1120. 1123. 1127: Die Hypothek „erstreckt sich auf . . ."

1121: Erzeugnisse . . . werden von der Haftung frei.

1133: Der Gläubiger ist berechtigt „sofort Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen."

1134: Bei sicherheitsgefährdender Einwirkung kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen. Absatz 2 s. unten.

1146: s. oben.

1147: Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, „erfolgt" im Weg der Zwangsvollstreckung.

b) Mehr nach der Seite der Obligation liegen:

1133: Der Gläubiger kann Frist zur Beseitigung der Gefährdung der Sicherheit der Hypothek bestimmen. Nach Ablauf kann Gläubiger sofort Befriedigung suchen.

1137: Der Eigentümer kann gegen die Hypothek, die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehenden Einreden geltend machen.

1141: s. oben.

1142: Der Eigentümer ist berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn . . . .

1146: Es gebühren dem Gläubiger Zinsen aus dem Grundstück.

1157: Eine Einrede . . . kann auch dem neuen Gläubiger entgegengesetzt werden.

1160: Der „Geltendmachung der Hypothek" kann widersprochen werden.

Eine dem Eigentümer gegenüber erfolgte Kündigung oder Mahnung ist unwirksam, wenn nicht . . . . Vergl. hiezu 1161: „Ist der Eigentümer der persönliche Schuldner, so finden die Vorschriften des § 1160 auch für die Geltendmachung der Forderung Anwendung[1]).

B) Zwangsversteigerungs-Gesetz vom 24. III. 97:

a) Die Seite des Rechts betonen:

§ 20: bestimmt die Wirkung des Beschlusses auf Anordnung der Zwangsvollstreckung — Beschlagnahme (vgl. 1121, 135, 136 B.G.B.).

1) Aus den rein positiven Vorschriften der §§ 1156 und 1158 wird nichts Entscheidendes entnommen werden können.

§ 24: der Schuldner behält die Verwaltung und Benützung nur innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft.

§ 25: das Gericht kann Massregeln zur Abwendung einer durch Verhalten des Schuldners herbeigeführten Gefährdung der ordnungsmässigen Wirtschaft anordnen.

§ 26: bei Zwangsversteigerung wegen „Anspruchs aus eingetragenem Recht" hat eine nach der Beschlagnahme bewirkte Veräusserung des Grundstücks auf den Fortgang des Verfahrens auf den Schuldner keinen Einfluss.

§ 109: Ueberschuss wird auf die Rechte, welche durch Zahlung zu decken sind, verteilt.

§ 148 Abs. 2, 149, 150 (Zwangsverwaltung): Schuldner verliert Verwaltung und Benutzung, eventuell ist dem Schuldner die Räumung aufzugeben; das Grundstück wird durch Gerichtsvollzieher dem Verwalter übergeben oder kann dieser sich (gewaltsam) den Besitz verschaffen.

§ 152: Verwaltungsrecht des Verwalters, Legitimation zu allen erforderlichen Handlungen, also auch zur Exmission des Schuldners.

b) Der Rechtscharakter scheint etwas verhüllt, und mehr eine Annäherung an das obligatorische erfolgt zu sein in dem Ausdruck: „Ansprüche aus dem Recht". So in

§ 109: die Rechte, welche 'durch Zahlung zu decken sind'; besonders aber in

§ 132: „Anspruch aus" der Sicherungshypothek (hier ist nämlich die obligatorische Verpflichtung des Erstehers, für welche er mit seinem ganzen Vermögen haftet, als Forderung, — das pfandrechtliche, mit Vollstreckbarkeit ausgestattete, Verhältnis aber als ein „Anspruch aus der Hypothek", gegen den Ersteher vollstreckbar, bezeichnet).

§ 147: 'Anspruch aus' einem eingetragenen Recht.

Endlich auch die vom Zwangsversteigerungsgesetz für den Vollstreckungsgegner gebrauchte Bezeichnung „Schuldner" s. unten S. 93. 97. 98.

c) Ueber die weiteren, sehr wichtigen Paragraphen 10 Abs. 2 16. 17. 29. 30. 118. 128 Abs. 2 siehe unten.

C) Heranzuziehen ist auch C.P.O. 592 Satz 2., 688 Satz 2., 857 Abs. 6. „Als ein Anspruch, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand hat, gilt auch der Anspruch aus einer Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld", — sowie die schon vorher erwähnten: 1551 Abs. 2. 1812. 1821 Abs. 2. Aus den Stellen der C.P.O. und

den §§ 1812 und 1821 Abs. 2 ergiebt sich immerhin das, dass die Hypothek nicht geradezu als Geldforderung behandelt, und unter dieselbe subsumiert wird.

B. Vorbemerkung zur rechtlichen Würdigung.

Nach dem gegenwärtigen Rechtssystem ist mit dem Begriff der Obligation der Begriff der Vollstreckbarkeit in das ganze Vermögen verbunden; auch die modernen gesellschaftsrechtlichen Gesetze haben eine Beschränkung der Haftung gewisser physischer Personen nur dadurch zu bewirken vermocht, dass sie aus den innerhalb der Haftung liegenden Vermögensstücken derselben ein neues Rechtsobjekt oder -Subjekt (Aktiengesellschaft, E. G. m. b. H.) hergestellt haben, so dass diese haftenden Vermögensstücke als ausschliessliches und erschöpfendes Vermögen der Gesellschaft gelten. Hinsichtlich der Haftbarkeit der Gesellschaftsschuldner bestehen durchaus keine abweichenden Regeln.

Soweit ein gewöhnlicher Schuldner seine persönliche Haftung auf ein Vermögensstück beschränken will, scheint lediglich der Weg der obligatorischen Verabredung möglich, auf Grund deren ihm etwa nach 766 C.P.O., Einwendungen gegen die Art und Weise der — bei Unterbleiben der Einwendung durchaus rechtswirksamen — Zwangsvollstreckung zustehen würden. Eine weitergehende Wirkung kann einer solchen Beredung aber nicht beigelegt werden. Soll die besondere Haftung eines Vermögensstücks bewirkt werden, so ist hiefür die Verpfändung erforderlich, welche aber die neben dem speziellen Pfandstück fortbestehende Haftung des übrigen Vermögens nicht hindert. Das geltende Recht hat für diese Rechtsgestaltung nur im Begriff des Pfandrechts, des beschränkten Rechts an einer fremden Sache, eine Stelle[1]).

II. Die rechtliche Bedeutung der die Pfand-Haftung aussprechenden Bestimmungen, insbesondere derjenigen des Immobiliarpfandrechts.

1) Wie sehr die Festsetzung der dinglichen oder persönlichen Haftung Sache des positiven Rechts ist, zeigt das von den Motiven Seite 780 Mugdan S. 435 angeführte hamburgische und lübeckische Recht, wo umgekehrt die Grundschuld bei nicht ausreichender Liegenschaft zugleich noch die subsidiäre persönliche Haftung des Eigentümers mit seinem ganzen Vermögen mit sich bringt.

A. Für den Gläubiger handelt es sich um Recht und Rechtsbethätigung an fremder Sache.

§ 15.

1. Hinsichtlich der Befriedigung des Gläubigers aus derselben ist jedenfalls nicht dem Eigentümer eine rechtliche, vollstreckbare Verpflichtung auferlegt:

a) Nicht im Zwangsversteigerungsgesetz.

α) Die Stellen dieses Gesetzes, wo von „vollstreckbarem Anspruch aus der Hypothek, Anspruch aus eingetragenem Recht, die Rede ist, beziehen sich in diesem Zusammenhang nicht auf die Pfandhaftung der Sache, sondern auf die wirtschaftliche, etwa als der „Realkredit" zu bezeichnende Seite des Verhältnisses. Es mag hier auf § 1133 hingewiesen werden, wo, obwohl das Gesetz eine Thätigkeit des Eigentümers hinsichtlich der Werterhaltung des Grundstücks und Sicherung der Hypothek wünscht, doch keine direkte, etwa nach § 887, 888 C.P.O. vollstreckbare, Verpflichtung auferlegt ist.

β) Uebrigens wären die unter a) oben S. 88. 89 erwähnten Ausdrücke des Gesetzes — soweit man aus ihnen etwa eine Rechtsauffassung desselben dahin ableiten wollte, dass aus der Hypothek ein dem obligatorischen ähnlicher Anspruch auf Leistung gegen den Eigentümer gegeben sei — schon deswegen nicht massgebend, weil das Zw.V.G. als Prozessgesetz nur die Art der Vollstreckung der Hypothek regeln, nicht aber theoretische dogmatisierende Erläuterungen über das Wesen derselben geben will: wenn daher auch die im Zwangsversteigerungsgesetz enthaltenen positiven, konstitutiven Bestimmungen gemäss § 866 C.P.O., 1147 B.G.B. für die theoretische Konstruktion von grosser Bedeutung sind, so gilt dies doch nicht von etwaigen gelegentlichen, dogmatisierenden Aussprüchen. Es ist noch weiter zu bedenken, dass der nächste Anlass für die Verwendung der fraglichen Ausdrücke wohl in deren Vorkommen in den Motiven und im Entwurf I liegt, die ja beide nicht Gesetz geworden sind.

b) Auch die Bestimmungen des B.G.B. selbst enthalten keinen Anhalt für eine „Verpflichtung" des Eigentümers hinsichtlich der Sache.

α) Nicht der so vorsichtig gefasste § 1146, s. unten.

β) Ebensowenig § 1160, 1161, 1141.

1160 Abs. 2 spricht von einer dem Eigentümer gegenüber erfolgten Kündigung und Mahnung. Abs. 1 legt nahe, das Wort „Unwirksamkeit“ auf das hypothekarische dingliche Verhältnis, nicht etwa bloss auf die zu Grunde liegende Forderung, zu beziehen; diese Auffassung wird als notwendig erwiesen durch § 1161:

> „Ist der Eigentümer der persönliche Schuldner, so finden die Vorschriften des § 1160 „auch“ auf die Geltendmachung der Forderung Anwendung.“

Mehr aber, insbesondere etwa einen Sprachgebrauch „Kündigung der Hypothek“, wird man auch aus 1161 nicht entnehmen dürfen; vielmehr ist der nähere Aufschluss über die zur Geltendmachung der Hypothek dem Eigentümer gegenüber nötige Kündigung in § 1141 — und nur hier — zu finden. Aus 1141 Satz 1 ergiebt sich aber bestimmt, dass die Kündigung, welche als für die Hypothek wirksam bezeichnet wird, gerade die Kündigung der Forderung ist; dass also nicht eine besondere Willenserklärung hinsichtlich der Hypothek, sondern nur eine dem Eigentümer gegenüber erklärte Kündigung hinsichtlich der Forderung nötig ist[1]). Dies ergiebt sich auch schon daraus, dass die Kündigung, von der die Fälligkeit der Forderung abhängt (§ 1141 Eingang) nicht eine Kündigung der Hypothek, d. i. des blossen Sicherungsmittels der Forderung, sein kann; es wäre auch andererseits ein mindestens etwas auffallender Sprachgebrauch, wenn der Ausdruck „Kündigung der Hypothek“ ohne nähere Erklärung gebraucht würde. Die Motive zu 1079, S. 888 Mugdan 384, verwenden nicht den Ausdruck „Kündigung der Hypothek“.

Hat man aber schon hinsichtlich der Kündigung keinen Anhalt für die Beziehung auf das hypothekarische Verhältnis, so fehlt derselbe vollends für die „Mahnung“ „der Hypothek“ — man wird ruhig sagen können, dass auch der Sprachgebrauch direkt gegen eine solche Zusammenstellung ist.

Hiemit stimmt, dass auch für die Grundschuld und Rentenschuld, — bei welchen eine kündbare obligatorische Forderung nicht vorliegt, andererseits jedoch auf Grund des auch für sie massgebenden § 1147 eine Willenserklärung bezüglich der Befriedigung erforderlich ist, — als Objekt der Kündigung einesteils das

1) Die Frage, ob für die persönliche Forderung die Kündigung und Mahnung an den Eigentümer genügt, braucht hier nicht erörtert zu werden.

„Kapital“, § 1139, andererseits die „Ablösungssumme“, § 1202, gesetzt, beidemal aber der einfache Ausdruck „Kündigung der Grundschuld, Rentenschuld“, vermieden ist[1]).

c) Dass dieses negative Resultat nicht unbeabsichtigt ist, ergeben verschiedentliche Stellen der Motive und Protokolle.

α. Mot. S. 685, 686 Mugdan S. 382, 383

„Durch die Hypothek tritt der Gläubiger weder zum nachstehenden Berechtigten, noch zum Eigentümer eines der verhafteten Grundstücke in obligatorische Beziehung; es wird ausdrücklich unterschieden, ob der Eigentümer dem Hypothekengläubiger persönlich haftet, oder ob er ihm nur als Eigentümer gegenüber steht.“

Ferner S. 670, Mugdan 374 zu § 1133: „Ein Zwang gegen den Eigentümer zur Vornahme einer Handlung (zu einem Thun) erscheint bei der dinglichen Natur des Anspruchs unstatthaft.“

Aus diesem Satz darf zwar nicht direkt, wohl aber durch Arg. ad majus entnommen werden, dass er, wenn nicht zu einer Verbesserung der Grundstücke, so vollends nicht zur eigenen Vornahme des Verkaufs verpflichtet sein soll[2]). Vgl. auch die sehr hübsche Anmerkung bei Hellwig S. 361 Note 47.

„Der Eigentümer ist nicht verpflichtet, Befriedigung aus dem Grundstück herbeizuschaffen. Durch Verkauf kann er es selbst nicht, weil durch die Veräusserung die Hypothek nicht erlischt; andererseits würde auch in dem Augenblick seines Eigentumsverlustes seine Haftung mit dem Grundstück aufhören“.

Wenn demgegenüber die Mot. 790, Mugdan 440 bei der Grundschuld davon ausgehen, dass der Eigentümer dem Anspruch auf Beitreibung gegenüber „in Verzug kommt“, ist dem durch K.P. 4719, und durch die abgeänderte Fassung des Gesetzes die Bedeutung genommen. Ebensowenig Gewicht kann dem Ausdruck der Mot. S. 760 Mugdan 424 „der Gläubiger erhebt den Anspruch“ beigelegt werden.

Siehe auch Mot. 676 Mugdan 377 (im Auszug):

---

1) Als Verzugszinsen begründend würde sich also ergeben: Klagerhebung oder Zustellung des Zahlungsbefehls.

2) Uebrigens ist hier auffallend, dass als Hindernis für diese Handlungspflicht hier der dingliche Charakter des Anspruchs angegeben wird, der ja nach oben S. 54, Mot. S. 398, der Verbindlichkeit zu positiver Thätigkeit, Handlungspflicht, nicht im Wege steht. Siehe hierüber später S. 109. 110.

„Auf die Streitfrage über das Wesen des Pfandrechts wird nicht eingegangen; im Anschluss an die geschichtliche Entwicklung muss von einer rechtlichen Zahlungspflicht des Eigentümers abgesehen werden, die Beschränkung der Zwangsvollstreckung auf das Grundstück erweist klar, dass keine richtige Obligation vorliegt. Die Konstruktion der Realobligation wird empfohlen mit Hinsicht auf die Möglichkeit der Kündigung; bezüglich der Kündigung ergiebt sich der Standpunkt des Entwurfs aus 1079 (jetzt 1146), und die rasche Vollstreckung vermittelst Urkundenprozesses kann auch durch eine positive Bestimmung (592 Satz 2, 688 Satz 2 C.P.O.) erreicht werden." —, sowie

K.P. 4432: persönl. Haftung für die Hypothekenzinsen wird ausdrücklich abgelehnt.

K. P. 4719. 4720 Mugdan 902, die Mehrheit: Der Eigentümer sei nicht persönlich zur Zahlung verpflichtet; soweit man von Verpflichtung reden könne, bestehe jedenfalls keine solche im Sinne Obligationenrechts, mithin seien die Vorschriften über Verzug nicht ohne weiteres auf die Grundschuld anwendbar.

β. Ja, die Vergleichung des § 1147 mit dem § 1075 des Entwurfs I oben S. 87, ergiebt deutlich, dass man sich bemühte, das Wort „Anspruch" als Missverständnisse ermöglichend zu beseitigen; man kann dabei dahingestellt lassen, ob das von K.P. 4422 sf., Mugdan 814 als möglich erwähnte Missverständnis, als ob „kein Anspruch gegen jedermann vorliege", das nächstliegende ist: uns scheint vielmehr der Hauptgewinn der neuen Fassung gerade der zu sein, dass an dieser wichtigen Stelle von dem Begriff des Anspruchs, d. h. Verpflichtung des Gegners überhaupt, abgesehen, und hiedurch die Auffassung der Hypothek, als eines Rechts, Befriedigung zu suchen, — dem gegenüber dann allerdings Eigentümer und Dritte die natürliche Verbindlichkeit haben, nicht zu stören —, mehr in den Vordergrund gerückt wird.

2. Vielmehr hat die Annahme eines reinen, absoluten Rechts, „Befriedigung zu suchen", schon in ausschlaggebender Weise ihren Ausdruck gefunden in den folgenden bereits oben S. 89 erwähnten Stellen des Zwangsversteigerungsgesetzes:

a) § 10 Abs. 2, 12: Das Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück besteht auch für die Kosten der Kündigung und der

die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung: — Da das Recht dem Gläubiger zusteht, so ist der Schluss unabweisbar, dass die Kosten der Kündigung und Rechtsverfolgung zunächst er zu tragen hat: sonach erscheint als der Betreibende, welchem für die, demnach primär ihn treffenden, Kosten gehaftet werden muss, eben der Gläubiger.

Dasselbe muss sich aus § 27 Abs. 2 für den beitretenden Gläubiger ergeben.

§ 16: Der Antrag soll Grundstück, den Anspruch vollstreckbaren Titel und Eigentümer bezeichnen — welch letzterer sonach als Gegner der Zwangsvollstreckung, nicht als Betreibender erscheint.

§ 17: Zwangsversteigerung beginnt nur, wenn der Schuldner als Eigentümer eingetragen: Auch hier der Schutz des Schuldners = Eigentümers als des Vollstreckungsgegners gegenüber dem betreibenden Gläubiger.

§ 29. 30. 31: Für Aufhebung einstweiliger Einstellung, Einstellung, Fortsetzung des Verfahrens ist der Wille des Gläubigers durchaus massgebend.

b) hiegegen können auch aus den folgenden Stellen keine durchschlagenden Einwendungen erhoben werden.

§ 24. 148 Abs. 2: Der Eigentümer erscheint so wenig als der handelnde Teil, dass er vielmehr die Verwaltung, eventuell auch den Besitz verliert.

§ 58. 109: Die Zuschlagskosten trägt der Ersteher, die Verfahrenskosten (abgesehen von den durch die Anordnung des Verfahrens oder den Beitritt, Zuschlag oder nachträgliche Verteilungsverhandlungen entstehenden Kosten) werden vom Versteigerungserlös vorweg genommen: —

Demnach wird eben der Ersteher, sofern geschäftskundig, sein Angebot schon unter Berücksichtigung der ihm obliegenden Zuschlagskosten, also niederer, stellen; auch wird, wenn die Versteigerungskosten vorweg genommen werden, eben für die Befriedigung des Gläubigers etwas weniger herauskommen, und deswegen der persönliche Schuldner nicht um den vollen Betrag liberiert werden. Da aber der Schuldner nicht notwendig immer auch der Eigentümer ist, so wird man nicht sagen dürfen, dass gerade der Eigentümer, d. i. der Vollstreckungsgegner, an der Höhe des Erlöses immer ein persönliches Interesse hat, welches ihn als

den ständigen Versteigerungsinteressenten in Vordergrund stellen würde.

Endlich versucht Dernburg S. 697 auf Grund von § 118 und 128 die Behauptung aufzustellen, dass das Gesetz den Eigentümer als Gläubiger des vom Ersteher gemachten Angebots, ansehe. Diese Fiktion findet sich mindestens nicht bei allen Schriftstellern anerkannt; und, wie er selbst zugiebt, dass aus dieser Fiktion keine weiteren Konsequenzen entnommen werden dürfen, so scheint es überhaupt schon etwas riskiert zu sein, überhaupt hier eine solche Fiktion anzunehmen; gesagt ist weiter nichts, als dass für die Forderung gegen den Ersteher, soweit sie unverteilt bleibt, dem Eigentümer zur Zeit des Zuschlags eine Sicherungshypothek einzutragen sei; anstatt einer ursprünglichen Gläubigerschaft des Eigentümers ist es viel sinngemässer aus § 118 das zu entnehmen, dass die Forderung von vornherein zur Verfügung der Versteigerungsbehörde gestellt, und erst nach Befriedigung der Gläubiger, der vom Hauptzweck, Verteilung, noch unberührt gebliebene Forderungsrest dem Eigentümer zugewiesen wird. Die Zuteilung dieses Rests durch das Gericht wäre dann implicite im Ersuchen ans Grundbuchamt um Eintrag der Sicherungshypothek, § 130, zu finden[1]).

c) Anhangsweise mag hier eingeschoben werden, dass auch der Verkauf der beweglichen Pfandsache als durchaus vom Pfandgläubiger betrieben erscheint:

1204 B.G.B.: Der Rechtsinhalt ist der, dass der Gläubiger berechtigt ist, „Befriedigung“ aus der Sache zu suchen.

1210: Für die Kosten der Kündigung und Rechtsverfolgung sowie des Pfandverkaufs, welche den Gläubiger zu ersetzen, sonach primär von ihm — als Betreibendem — zu tragen sind, haftet das Pfand dem Gläubiger.

1221: Der Pfandgläubiger „kann“ bei Börsen- oder Marktpreis den Verkauf aus freier Hand „bewirken“.

1230: Er hat das Recht der Auswahl.

1233: Gläubiger kann eventuell den Verkauf auch nach Pfändungspfandrecht „bewirken lassen“.

d) Demnach kann das dem Schuldner auferlegte Verhalten weder als eine Zahlung noch überhaupt als ein Handeln im Rechts-

1) Dasselbe gilt übrigens, kraft Analogieschluss aus § 120 Abs. 2 auch für einen etwa übrig bleibenden Barbetrag. Ebenso Cosack § 237 VI. Ziff. 5 S. 257 Note 72.

sinn bezeichnet werden; es erscheint lediglich als Dulden der Rechtsbethätigung des Pfandgläubigers; dass für letztere Auffassung auch § 135 Satz 2 B.G.B. sich verwerten lässt, bemerkt mit Recht Wendt S. 55. Inwieweit aus diesem Recht des Pfandgläubigers sich die natürliche, ohne Störung oder Zuwiderhandlung nicht einklagbare, Verbindlichkeit des Eigentümers auf Dulden ergiebt, ist hier zunächst schon auf Grund der Analogie ebenso wie oben §§ 7. I; 12. II. zu beantworten. Siehe übrigens unten; es mag hier noch kurz angefügt werden, dass der Annahme einer Realobligation auch schon die Zulassung der Eigentümerhypothek und Grundschuld, sowie die von der Behandlung der Gesamtschuldverhältnisse ziemlich abweichende Behandlung der Gesamthypothek im Weg steht; vergl. übrigens Mot. 686, Mugdan 383; K. P. 4537 ff., Mugdan 860.

3. Warum ist dann aber die hypothekarische Klage überhaupt notwendig? Hier greift einmal wieder eine Aehnlichkeit mit dem § 985 (und 1004), siehe oben S. 67, durch: Dort ist nämlich die Klage auf Herausgabe nur deswegen nötig, weil der rechtlich geschützte Besitz das sonst geltende Wegnahme- (und Eingriffs)-Recht des Eigentümers (§ 903) verhindert — also nicht wegen einer Eigentümlichkeit des Eigentums selbst, sondern wegen eines speziellen Hindernisses seiner Bethätigung;

Ebenso ist hier die dingliche Klage aus der Hypothek nur deswegen notwendig, weil die gesetzlich bestimmte Art der Befriedigung die der Zwangsvollstreckung ist (1147) und infolgedesssen sämtliche Kautelen der C.P.O. Platz greifen, — insbesondere § 750: „Die Zwangsvollstreckung darf nur beginnen, wenn die Person für und welche vollstreckt werden soll, in dem Urteil .... oder in der demselben beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind, und das Urteil bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

§ 16: Zw.Vst.Ges.: Der Antrag soll das Grundstück, den Eigentümer, den Anspruch und den vollstreckbaren Titel bezeichnen; die für den Beginn der Zwangsvollstreckung erforderlichen Urkunden sind dem Antrag beizufügen.

§ 17 dass.: Die Zw.Verst. darf nur angeordnet werden, wenn der Schuldner als Eigentümer des Grundstücks eingetragen oder wenn er Erbe des eingetragenen Eigentümers ist.

a) Aus dem Ausdruck „Schuldner“ des § 17 kann nichts für das Wesen der Hypothek oder gar für die Frage einer Ver-

pflichtung aus derselben entnommen werden — deswegen, weil das Zw.Vst.Ges. ja nicht ein Ergänzungsgesetz zum Hypothekenrecht, sondern zur C.P.O., und zwar speziell zum VII. Buch, Zw.Vollstreckung, Teil II „ins unbewegliche Vermögen" darstellt. Wie die C.P.O., so geht demnach auch das Zw.Verst.Ges. von dem Normalfall aus, dass in ein Vermögensstück für eine vollstreckbare Schuld des Vermögensinhabers vollstreckt werden soll, dass also der Vollstreckungsgegner, eben Schuldner, gewöhnlich Geldschuldner, aus dem vollstreckbaren Titel ist. § 1147 B.G.B., der die Zwangsvollstreckung als Befriedigungsmodus für den Hypothekengläubiger vorsieht, bringt hiedurch, soweit Eigentümer nicht persönlicher Schuldner, ein Novum herein; infolgedessen brauchte aber nicht der Text des Zw.Vst.Ges. dem Hypothekenrecht angepasst zu werden, vielmehr muss man eben umgekehrt die Vorschriften des Zw.Vst.Ges. fürs Hypothekenrecht analog anwenden. Dem entspricht es, für's Immobilienpfandrecht den Ausdruck „Schuldner" immer durch „Vollstreckungsgegner", exsequendus (Dernburg dem Sinn nach ebenso „der Betriebene") zu ersetzen. Als Vollstreckungsgegner, gegen welchen auf Grund des Titels vollstreckt werden soll, lässt sich aber immer nur der Eigentümer des Vollstreckungsobjektes auffassen.

§ 16. 17 cit., welche unmittelbar nur von dem Fall einer gewöhnlichen Forderung sprechen, und hiefür Eintragung des exsequendus verlangen, sind demnach für das Hypothekenrecht unter Beiziehung von C.P.O. 750 so auszulegen: Zwangsversteigerung darf nur angeordnet werden, wenn gegen den eingetragenen Eigentümer des Grundstücks ein vollstreckbarer Titel vorliegt; dass überhaupt für fremde Schuld — (oder ohne Obligation) — in das Vermögen dieses Nichtschuldners vollstreckt werden kann, ist eben gerade Inhalt des, dem Eigentümer, Nichtschuldner, die Zahlung — nicht aus dem Vermögen, aber — „aus dem Grundstück" auferlegenden, materiellen Immobiliarpfandrechts.

Demnach hat die hypothekarische Klage lediglich einen der Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel ähnlichen Charakter.

Aehnlich Hellwig § 50 S. 361. 2.
Dernburg § 236 Ziff. I S. 657.
Wendt S. 23.

b) Wer hat die Prozesskosten der hypothekarischen Klage zu tragen?

Hiefür kommen in Betracht

§ 10 Abs. 2, § 27 Abs. 2 des Zw.Vst.Ges.: Das Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück besteht auch für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung (dies gilt auch für den beigetretenen Gläubiger, § 27); — und die Bestimmungen

§ 91 C.P.O.: Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

§ 93 C.P.O.: hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozesskosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.

§ 731 C.P.O. setzt für die Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel keine andere Bestimmung.

Die Anwendung derselben führt zu folgendem Resultat:

Wenn der Eigentümer nach Bestreiten unterliegt, hat er die durch sein Prozessieren entstandene Kosten, — welche zur zweckmässigen Rechtsverfolgung des Klägers notwendig waren —, zu tragen. Eine Beschränkung dieser Prozesskostenpflicht auf bestimmte Vermögensbestandteile ist vom Gesetz nicht vorgesehen, obwohl, wie § 104 C.P.O. zeigt, das Verhältnis der materiellen Haftung zur Prozesskostenhaftung nicht übersehen worden ist; er haftet demnach für die Prozesskosten mit seinem ganzen Vermögen:

Ebenso Gaupp-Stein, Vorbemerkungen zu Titel V, IV.

O.L.G. Celle, Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 320.

Erkennt er dagegen sofort an, so fragt sich, ob man sagen kann, dass sein Verhalten zur Erhebung der Klage Anlass gegeben habe. Dies wird gewöhnlich zu verneinen sein; denn unter klagveranlassendem Verhalten kann man nicht etwa schon das Unterbleiben der — dem Eigentümer ja gar nicht rechtsnotwendig obliegenden — Zahlung verstehen[1]). Zwar ist die Klage trotzdem für den Pfandgläubiger gemäss 750 C.P.O. durchaus nötig, aber, da das Gesetz nicht jede, sondern nur eine in dem dem Beklagten zurechenbaren Verhalten liegende Klagnotwendigkeit berücksichtigt, so kann die Klagnot-

1) Wollte man dies, so liesse sich auf die dem Eigentümer dann aufgelegte Kostenpflicht bei Nichtzahlung der Schluss bauen, dass, da seine Nichtzahlung als ein ihm zurechenbares Verhalten erscheine, das Gesetz eine Verpflichtung des Eigentümers zur Zahlung, somit eine Realobligation annehme.

wendigkeit an sich die Prozesskostenpflicht des Pfandgläubigers nach § 93 noch nicht abwenden.

So zunächst auch O.L.G. Marienwerder, Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 1 S. 259. Dieses, und ebenso O.L.G. Celle, Rechtsp. d. O.L.G. Bd. 3 S. 318 (7. VI. 01) trifft jedoch eine Unterscheidung dahin, dass der Eigentümer auf Aufforderung des Gläubigers — oder auch schon auf die Klagerhebung hin, — zur Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde über Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in das Grundstück auf Kosten des Gläubigers verpflichtet, und im Unterlassungsfalle kostenpflichtig sei.

Hiefür gilt wohl folgendes: Diese Pflicht beruht auf dem allgemeinen Grundsatz, dass der Staatsbürger zu der Leistung oder Duldung, die ein Urteil über ihn verhängen kann, auch ohne das Urteil verpflichtet ist, und dass er die ihm infolge der Prozessdauer noch verbleibende Zwischenzeit nicht als ein Recht für sich in Anspruch nehmen darf; der Zeitverlust ist ein vom Gesetz nicht gebilligtes, sondern möglichst bekämpftes Uebel.

Folgt der Eigentümer daher nicht der unter Anerbietung der Kostentragung gestellten Aufforderung des Gläubigers zur Ausstellung der Urkunde, so wird man hierin allerdings ein „kostenverpflichtendes Verhalten“ im Sinn von § 93 C.P.O. zu erblicken haben. Dies aber erscheint auch als die alleräusserste Einräumung zu Gunsten des Gläubigers; insbesondere wird ausdrückliches Anerbieten des Gläubigers, die Kosten zu tragen, notwendig gefordert werden müssen. Die weitergehenden Ausführungen des O.L.G. Celle 21. VI. 01 daselbst S. 319 sind wohl zu verwerfen.

Die vorstehend eingeräumte Unter-Unterscheidung ist übrigens nicht geeignet, die prinzipielle Beurteilung zu beeinflussen; sie berührt überhaupt nicht das Wesen der Hypothek selbst; jedenfalls führt auch sie nicht zu dem Schlusse, dass das Immobiliarpfandrecht dem Eigentümer eine besondere, etwa als Handlungspflicht aufzufassende Pflicht zur Kostentragung auferlege. Dagegen stimmt die Notwendigkeit für den Gläubiger, die Kosten nach § 93 selbst zu tragen, durchaus zu dem, mit dem Ausdruck „Befriedigung suchen“ ganz richtig charakterisierten Wesen der Rechtsbethätigung. Zur Schadloshaltung des Gläubigers hinwiederum reicht § 1118 B.G.B. aus, indem das Grundstück ohne persönliche Verpflichtung des Eigentümers, auch für die Kosten der Rechtsverfolgung haftet, — unter welchen die Erlangung des gegen den

Eigentümer vollstreckbaren Titels anstandslos zu zählen ist[1]).

In diesem Sinn ist wohl die Hellwig'sche Ausführung S. 360 mindestens für das Rechtsverhältnis das nicht persönlich haftenden Eigentümers zu modifizieren.

c. Mit dem sonst für das Befriedigungsrecht nachgewiesenen Charakter der blossen Rechtsbethätigung stimmt insbesondere, dass eine gewillkürte Ueberlassung des aus Hypothek und Grundschuld hervorgehenden Befriedigungsrechts an einen Dritten nicht vorgesehen ist; vielmehr ist als einzige Form der Uebertragung der Vollstreckungsbefugnis der Weg des § 727 C.P.O., also für die Hypothek die Uebertragung der vollstreckbar erklärten Forderung — welche auch die Hypothek überträgt und in den für die Rechtsübertragung vorgeschriebenen Formen vorzugehen hat (§ 1153, 1154)[2]).

Für die Grundschuld und Rentenschuld aber kann mangels einer übertragbaren Forderung das Wort „Rechtsnachfolger" nur auf denjenigen Anwendung finden, welchem das dingliche Recht selbst, nicht bloss der Ausübung nach übertragen ist.

B. Die Belastung des Eigentümers, der nicht auch persönlicher Schuldner ist.

§ 16.

A. § 1146: Verzugszinsen „aus dem Grundstück".

1. § 1146 lautet: Liegen dem „Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vor, unter welchen ein Schuldner in Verzug kommt, so gebühren dem Gläubiger Verzugszinsen aus dem Grundstück".

Bei wörtlicher Auffassung des Worts „Verzugszinsen", und

1) Vgl. übrigens hiezu:
§ 19 Ger.Vollz.O.: Schuldner der Gebühren ist der Auftraggeber — die durch 788. 2. C.P.O. vorgeschriebene Vorwegnahme der Vollstreckungskosten vom Erlös wird bei genügender Masse direkt vom Schuldner getragen, bei ungenügender Masse wenigstens insofern, als er um den Betrag der Kosten nicht liberiert ist (§ 367 B.G.B.). Vgl. auch
§ 86, 89 Ger.K.Ges.

2) Hier mag die Frage der gerichtlichen Ueberweisung zur Einziehung, — welche allerdings zur Erteilung der Vollstreckungsklausel ins ganze Vermögen (Gaupp-Stein zu 665 alt C P.O.), also wohl auch, bei der Analogie der Vollstreckung in die Hypothek mit der ins ganze Vermögen, zur Erteilung der Vollstreckungsklausel in das hypothekbelastete Grundstück ausreichen wird — dahingestellt bleiben.

Anwendung der oben S. 58 angestellten Reflexionen möchte man zunächst vermuten, das Gesetz behandle die Verzugszinsenpflicht als eine gewöhnliche Leistungspflicht im Sinn des Rechts der Schuldverhältnisse.

Als „Verzugsgrundlage“ kann jedoch für 1146 nach oben § 15 lediglich die wirtschaftliche, von den Theorien noch nicht übereinstimmend benannte Seite des Verhältnisses in Betracht kommen: es wäre sehr auffallend, wenn für dieses, nach oben Seite 96. 97. gerade vom Begriff der Leistung ausgenommene Verhältnis die Möglichkeit eines Verzugs angenommen wäre.

Das Wort „Verzugszinsen“ muss daher für die theoretische Verwertung des § 1146 ausser Betrach bleiben: es lässt sich ja auch genügend so erklären: „Zinsen, w i e s i e im Fall des Verzugs erwachsen“; es kann auch infolge des Beisatzes „aus dem Grundstück“ nicht zweifelhaft sein, dass keine persönliche Zinsverpflichtung gesetzt wird, sondern dass nur von dem dem Verzug analogen Moment ab die Haftung des Grundstücks, und eben damit das rechtliche Verhältnis des Eigentümers zum Gläubiger auch Zinsen „w i e d i e Verzugszinsen“ umfassen soll.

2. Es bleiben somit für die Erklärung noch die Worte: „Liegen dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vor, unter welchen ein Schuldner in Verzug kommt.“ Zunächst ist hier anzuziehen

§ 284: Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. Der Mahnung steht die Erhebung der Klage auf die Leistung, sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gleich. Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt. . . . . Das Gleiche gilt, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat, und die Zeit für die Leistung. . . . .

§ 285: Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.

§ 286: Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen. —

§ 284 ist nun auf den Satz „Liegen dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vor, unter welchen ein Schuldner in Verzug kommt“ anzuwenden; und zwar für die Hypothek, wie für die Grundschuld auf gleiche Weise:

a) Für die Hypothek erinnert der Ausdruck „dem Eigentümer gegenüber“ an die, denselben ebenfalls enthaltenden, §§ 1160, 1161, 1141, siehe oben S. 91. 92. Man könnte daher die Bedeutung der Stelle dahin beschränken wollen: „Sind die Thatsachen, welche vorliegenden Falls den persönl. Schuldner in Verzug gesetzt haben (auch) „dem Eigenthümer gegenüber“ (§ 1160) vorliegend und wirksam geworden.“

b) Diese Einschränkung ist aber unmöglich deswegen, weil der Paragraph nach seiner Fassung eben nicht notwendig eine persönliche Schuld, mit welcher der Eigentümer in Verzug gekommen, voraussetzt, sondern nur das Vorliegen der „sonst“ Verzug begründenden Thatsachen dem Eigentümer gegenüber. Daraus erfolgt

einerseits, dass der Paragraph, ohne durch die Einschränkung des § 1192 getroffen zu werden, auch für die mit einer persönlichen Schuld nicht im Zusammenhang stehende Grundschuld anwendbar ist,

— dies stimmt mit dem Ausspruch der K.P. 4719, Mugdan 902 „es wäre zweifelhaft, ob der Eigentümer im Fall des Verzugs zur Entrichtung von Verzugszinsen verpflichtet sein soll.“ Aus diesem Satz ergiebt sich unumgänglich, dass zwar die Verpflichtung zu Verzugzinsen, nicht aber auch die Möglichkeit einer Verzuglage des Eigentümers des mit der Grundschuld belasteten Grundstücks für zweifelhaft erachtet wurde —;

andererseits, dass das Gesetz auch auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Eigentümer die Verzugsdefinition — eine andere als 284 findet sich nicht — wenn nicht direkt, so doch wenigstens analog Anwendung finden lässt.

3. Das wesentliche Moment in § 284 ist der Begriff „Nichtleistung trotz Mahnung nach Fälligkeit“, oder auch,

nach Abs. 2, Nichtleistung nach Eintritt der offensichtlich bestimmten Zeit;

letztere Definition findet gemäss § 188 Absatz 1, § 1193 B.G.B. Anwendung für die „Kündigung des Kapitals der Grundschuld“, — wonach die Schwierigkeit, eine Mahnung des Pfandgläubigers an den Eigentümer (— die sich ja nicht auf die, kein Handeln involvierende, Verpflichtung zur Duldung der Zwangsvollstreckung beziehen könnte —) zu konstruieren, wegfällt.

a) Sonach wird die Thatsache, dass nach Fälligkeit — die ja

nach Beobachtung von 1160, 1161 auch dem Grundstückseigentümer gegenüber eingetreten ist, weder vom Schuldner, noch vom Eigentümer Befriedigung erfolgt, mit einer „Nichtleistung" verglichen. Als eine „Nichtleistung" in diesem Sinn kann nach oben § 15 Z. 1—3 S. 91 ff., 94 ff., 97 ff. nicht etwa die Nichtduldung der Zwangsvollstreckung gemeint sein. In Betracht kommt hier also nur die „Nichtzahlung der Geldsumme"; und es ist hiemit nachgewiesen, dass das Unterbleiben dieser Zahlung dem Eigentümer als ein relevanter Thatbestand gegenüber tritt:

Es wird somit eine Beziehung zwischen dem Eigentümer und dem „Nichtleisten" hergestellt, welche sich kaum von dem Begriff „wird ihm zugerechnet" oder „hat er zu vertreten" unterscheidet. Als Folge dieser Beziehung erscheint, dass dem Gläubiger Verzugszinsen aus dem Grundstück gebühren. Dies ist eine Verstärkung des Befriedigungsrechts des Gläubigers, und muss andererseits als Benachteiligung des Eigentümers aufgefasst werden. Denn der ihm schliesslich nach Befriedigung sämtlicher Gläubiger gemäss § 28 Abs. 2 des Zw.Vst.Ges. zufallende Rest der Forderung gegen den Ersteher, oder des Barbetrags, wird dadurch gemindert, — ohne dass er, da nicht persönlicher Schuldner, von der seitherigen Nichtzahlung einen mittelbaren, thatsächlichen Vorteil gehabt hätte. Obwohl er also zur Leistung nicht strikt verpflichtet ist, hat er doch nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift bei Nichtleistung einen weiteren, auf Grund der Nichtleistung über ihn verhängten Nachteil zu tragen; zur Vermeidung desselben ist ihm nur die Möglichkeit, pünktlich selber zu zahlen, gegeben: die pünktliche Zahlung erscheint also als eine ihm vom Gesetz ausdrücklich auferlegte „Last"[1]).

b) Uebrigens liegt ein noch viel erheblicherer Rechtsnachteil überhaupt schon in dem Bevorstehen der Zwangsvollstreckung überhaupt, welcher der Eigentümer sich ebenfalls nur durch die Zahlung entziehen kann. Man kann zwar bezweifeln, ob das Bevorstehen der Zwangsvollstreckung als ein gesetzlicher Druck gelten könne, — deswegen weil die sie mit sich bringende Verpfändung ja freiwillig eingegangen wurde, auch wohl zur Zeit der Verpfändung der Nachteil der Vollstreckungsgefahr durch den jeweils gegenüberstehenden Vorteil aufgewogen erschienen sein mag. Wir haben hier jedoch

1) Dies Wort übrigens in keinem andern Sinne verstanden, als z. B. in der civilprozessualen Controverse, ob Beweispflicht oder Beweislast.

ausschliesslich das Verhältnis der drohenden Zwangsvollstreckung zu der dem Eigentümer „bei ihrer Vermeidung“ obliegenden Zahlung zu beurteilen, ohne auf die Gründe, welche dereinst für die Eingehung der Verpfändung massgebend waren, zurückzugreifen; und für dieses letztere Verhältnis ist es unbestreitbar, dass schon die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung überhaupt einen Druck zur Zahlung auf den Eigentümer ausübt; dass also schon die Zwangsvollstreckung an sich, abgesehen von der Verzugsfolge, siehe oben a), der Zahlung des Eigentümers den Charakter einer bei ihrer Vermeidung auferlegten Last giebt; schon die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung in ein bestimmtes, gewöhnlich wertvolles, Vermögensstück bewirkt einen, auch gegenüber der, hinter der Obligation stehenden, Zwangsvollstreckung ins ganze Vermögen, nicht zu unterschätzenden Druck.

4. Aehnliche Verbindlichkeiten, welche nicht vollstreckungsfähig, aber rechtlich — namentlich nach der Hinsicht der bei ihrer Unterlassung auferlegten Schadensersatzpflichten, Rechtsverluste oder Rechtshemmungen — erheblich sind, finden sich im B.G.B. häufig; als die hauptsächlich ins Auge fallenden seien nur kurz folgende erwähnt.

a) Die verschiedenen durch Setzung einer Präklusivfrist auferlegten Erklärungspflichten: sowohl über Ausübung eines Wahlrechts (wonach nicht der vorgeschriebene Inhalt einer Willenserklärung, etwa Zustimmung, Einwilligung, sondern nur die Abgabe einer Erklärung überhaupt — einerlei mit welcher Entscheidung — verlangt wird); ferner die Pflichten der Erklärung über Anfechtung und Rechtsausübung.

b) Die Pflicht der Anzeige und Androhung des Pfandverkaufs (Rechtsschutz bietet § 1243 — 823 Abs. 2; inbesondere auch 1166).

c) Die andern Anzeigepflichten, insbesondere des Mieters, Vermieters, Verpfänders: Auch hier liegt es auf der Hand, dass eine Vollstreckung derselben, etwa nach 887, 888 C.P.O. häufig deswegen schlechterdings ohne rechtliches Interesse sein wird, weil, wenn die Pflicht der Anzeige der konkreten Beschädigung oder Gefahr, eben damit auch schon die konkrete Gefahr oder Beschädigung selbst liquid oder wenigstens genügend bekannt ist; demnach die

Anzeige selbst keinerlei Rechtsinteresse (nicht bloss kein Geldinteresse) mehr hat, also auch nicht vollstreckungsfähig und daher überhaupt nicht Gegenstand eines Rechtsanspruchs ist[1]).

d) Auch die Verpflichtung, die Gefährdung der Sicherheit der Hypothek zu beseitigen (nach § 1131 nicht immer direkt vollstreckbar, sondern nur mit dem Nachteil der alsbaldigen Vollstreckung verbunden), ist hieher zu stellen.

B. Die Zahlungslast im Vergleich zu den civilrechtlichen Ansprüchen.

Hierauf ist hier immerhin, zwar nicht mit dem Streben nach Vollständigkeit, aber doch kurz einzugehen.

1. Mit dem Schuldverhältnis hat dasselbe gemein:

die Möglichkeit von Nebenleistungen, § 1115, 1191 Abs. 2.

Erhöhbarkeit der Zinspflicht, 1119.

Abänderungsmöglichkeit für Zahlungsort und -Zeit, § 1119 Abs. 2, 305. 1194.

Erweiterung durch Verzugsfolge.

Zulässigkeit der Befriedigung des Gläubigers durch Hinterlegung und Aufrechnung, § 1142 Abs. 2.

Das Zusammentreffen von Hypothek, also Last, mit dem Eigentum bewirkt zwar nicht Konfusion, Erlöschen, aber Ruhen derselben und Vollstreckungsunmöglichkeit; mit einziger Ausnahme für den Anspruch auf Zinsen bei Zwangsverwaltung zu Gunsten eines kollidierenden anderen Berechtigten: § 1177, 1197.

---

1) 1. Eine andere Anwendung dieser Schlussfolgerung siehe bei den Reallasten S. 129. 130.

2. Ueber diese und ähnliche Pflichten oder Lasten siehe die Zusammenstellung bei Wendt § 20 ff., übrigens auch S. 49, 51. — Einzelheiten interessieren, bei der rein positiven Gestaltung der Fälle, hier nicht. Zu der von Wendt S. 49—52 gegebenen Auseinandersetzung über die Natur des für eine Rechtspflicht geforderten Interesses kann vielleicht noch darauf hingewiesen werden, dass die Anzeigepflichten in allen den Fällen nicht mehr vollstreckbar sein können, wo der Anzeigeberechtigte schon ausreichende Kenntnis von der konkreten Sachlage anderswie erhalten hat. Hier wird man nicht sagen können, es liege rechtliche Unmöglichkeit vor: — der Pflichtige kann vielleicht recht wohl eine genaue Darstellung geben; und ob man als wesentliches Moment für die auferlegte Anzeige geradezu ihre Zeit „vor Kenntnis des Berechtigten“ aufstellen kann, ist doch wohl fraglich, — sondern es fehlt lediglich ein rechtliches Interesse.

Völlige Konfusionswirkung tritt ein für die rückständige Zinslast 1148, 1192.

2. Verschiedenheiten:

Die Last ist nicht selbständig, direkt einklagbar. Auch ist Zwangsvollstreckung in ein anderes Vermögensstück als das Grundstück nicht zulässig; auch der Zahlungsbefehl gemäss C.P.O. 688. 2 bewirkt ja nicht Vollstreckungstitel ins ganze Vermögen, sondern nur in das belastete Grundstück. Es ist anerkannt, dass der blosse Antrag, „Er habe zu zahlen", eine pluspetitio enthält. Demgemäss sind die Einreden auch nicht gegen die — nicht denkbare, selbständige — Geltendmachung der Zahlungslast, sondern nur gegen die Geltendmachung der Hypothek gegeben: 1157.

Gewöhnlicher Nichteintritt der Konfusion siehe S. 106 unten. Bei der Gesamthypothek gilt nicht grundsätzlich innere Ausgleichungspflicht der Eigentümer, opp. § 426 Abs. 1,

— cf. Lang, die Gesamthypothek, Arch. für die Civ. Pr. Band 90 S. 316. 317 —;

sonach wird, wenn das verpfändete Grundstück mehreren zufällt, nicht § 755 (da sie nicht Gesamtschuldner sind), sondern § 748 749 zutreffen.

Besonders die beiden letzteren Punkte sprechen auch gegen die Annahme einer Realobligation; selbständig einklagbare Ansprüche aber ergeben sich aus der Last nicht, wie schon § 1133 vermuten liess; sie bildet daher auch keine Grundlage für die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts.

C. Wann entstehen nun civilrechtliche Ansprüche gegen den Eigentümer oder Dritten aus der Hypothek oder Grundschuld?

I. Vor der Fälligkeit, § 1133, 1134, 1135.

1. Da ja ein dingliches Recht vorliegt, so besteht ganz analog § 1004 ein Anrecht des Gläubigers gegen jeden Dritten (s. v. S. 19 ff.) auf Unterlassung einer Störung dieses Rechtes. Ueber die Konstruktion der Vollstreckbarkeit des Anspruchs auf Unterlassung (§ 259, 890 Abs. 2 C.P.O.) cf. Seite 81. Da das Pfandrecht auf Dienstbarmachung des wirtschaftlichen Wertbestandes des Grundstücks geht, so entspricht der Verletzung oder Beeinträchtigung der Substanz des Grundstücks hier schon eine die Sicherheit der Hypothek, d. h. den Geldwert, nicht

notwendig die Substanz, ungünstig beeinflussende Einwirkung.

2. Tritt ohne Einwirkung oder Nachlässigkeit des Eigentümers eine Verschlechterung des Grundstücks ein, so verlangt das Bedürfnis des Kredits immerhin einen gewissen Schutz der Hypothek, § 1133: Mangels einer Einwirkung des Eigentümers sieht jedoch das Gesetz davon ab, dem Eigentümer eine klagbare Verpflichtung auf Verbesserung des Grundstücks aufzuerlegen. Es ist einleuchtend, dass dies dem Charakter des dinglichen Rechts, siehe oben S. 26, welches die Sache nur nach ihrer jeweiligen Substanz beherrscht, widersprechen würde; diese Begründung scheint richtiger als die der Motive zu 1072 Entw. = 1134, S. 670: „Ein Zwang gegen den Eigentümer zur Vornahme einer Handlung (zu einem Thun) erscheint bei der dinglichen Natur des Anspruchs unstatthaft"; siehe alsbald Z. 3a S. 109. Es wird also nur die alsbaldige Fälligkeit der Hypothek ausgesprochen, jedoch unter Nachlassung der Abwendung derselben durch fristgemässe anderweite Sicherheitsbestellung. Der Unterschied dieser Behandlung gegenüber der Setzung einer nach 887 ff. C.P.O. vollstreckbaren Verbesserungspflicht ist offensichtlich.

3. Gegenüber dem Eigentümer, welcher eine die Hypothek gefährdende Einwirkung oder Nachlässigkeit begeht, hat der Gläubiger noch die weitere Befugnis, dass er beim Gericht die Anordnung der zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Massregeln — natürlich genügend erläutert und spezialisiert — beantragen kann. Dem hat das Gericht zu entsprechen.

Es liegt nahe, hier einfach eine Analogie zu der Klage auf Beseitigung der Beeinträchtigung, oben S. 76 ss., anzunehmen: die Beseitigungspflicht beruht auf der durch die Einwirkung des Eigentümers gegebenen Verletzung des vom Gesetz als schutzbedürftig anerkannten Bedürfnisses der wirtschaftlichen Werterhaltung. Demnach würde der Anspruch einfach auf eine die Gefährdung wieder beseitigende Handlung gehen, und dies wäre durchaus im Einklang mit den oben zu 985 und 1004 Seite 52 ss. und 76 ss. vorgebrachten, teils eigenen, teils von den Motiven angestellten Erwägungen.

Dem scheint zu widersprechen:

1. der etwas abweichende Ausdruck für den gerichtlichen Schutz (dort: „kann verlangen", hier: „das Gericht hat anzuordnen"),

2. der in den Motiven sich findende Satz, dass der Gläubiger kein positives Thun verlangen kann.

a) Letzterem Satz gegenüber ist aber, wie schon S. 54 betont, darauf hinzuweisen, dass sich das angebliche Fehlen der Handlungspflicht jedenfalls für das neue Recht nicht mehr auf den dinglichen Charakter des begründenden Rechts stützen lässt; auch drücken sich, gegenüber der citierten Stelle, Mot. S. 670, die K.P. in unserem Zusammenhang, S. 4416 (Mugdan 813), wesentlich unbestimmter aus:

„Voraussetzung für die Klage auf die zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Massregeln jedoch ist eine positive Einwirkung seitens des Eigentümers oder eines Dritten, da ja der Gläubiger kraft seines dinglichen Rechts kein positives Thun, sondern nur die Unterlassung von Einwirkungen erlangen kann, durch welche sein Recht beeinträchtigt wird“ —

mit der Fortsetzung: „Ausserdem sei, wenn infolge des Verhaltens des Eigentümers, insbesondere daraus, dass er die erforderlichen Vorkehrungen gegen Einwendungen Dritter oder zufälliger Bestätigungen unterlassen hat, eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen sei, der Gläubiger für berechtigt zu erklären, die gerichtliche Anordnung der zur Abwendung der Gefährdung erforderlichen Massregeln, namentlich den Erlass einer einstweiligen Verfügung, — die auch in der Anordnung einer Sequestration bestehen könne — zu verlangen.“ —

Hier wird also die These, dass eine Verpflichtung zu Handeln durch die Dinglichkeit ausgeschlossen, nur noch, in einer wohl nicht ganz glücklichen Weise, als Begründung d a f ü r benützt, dass der Anspruch auf Unterlassung gegenüber einem bestimmten Gegner, richtiger ein Rechtsanspruch überhaupt, erst durch gefährdende Einwirkungen seitens desselben klagbar wird (siehe oben S. 21. 78 ss); keineswegs wird sie aber für die Frage der anzuordnenden gefährdungsabwendenden Massregeln als massgebend hingestellt.

Und die einschränkungslose Hereinziehung der einstweiligen Verfügung (C.P.O. § 938 Abs. 2, „es kann eine Handlung geboten werden“, 936: 928: 890 Abs. 2 C.P.O.) erweist deutlich, dass die K.P. auch eine Handlungspflicht des Eigentümers bei gefährdendem, wenn auch rein negativem Verhalten, also gelegent-

lich auch ohne vorausgehende Handlung des Eigentümers, als möglich annimmt[1]).

Man wird deswegen sagen können: Der Satz: „Verpflichtung zu Handeln widerspricht dem dinglichen Charakter", ist nicht im endgiltigen Gesetzestext zum Ausdruck gekommen, und steht auch nicht zu demselben im Verhältnis der logisch notwendigen Begründung; da er hier nur gelegentlich geäussert, übrigens seine Bekämpfung in Mot. 398 ff., Mugdan 222 an der geeigneten Stelle, K.P. 3940 ff., Mugdan 666, unwidersprochen geblieben ist, so braucht er nicht mehr als massgebend beachtet zu werden.

b) Der etwas auffallende Ausdruck: „Das Gericht hat auf Antrag die erforderlichen Massregeln anzuordnen" findet weder in den Mot. S. 670, noch in den K.P. cit., wohl aber in der C.P.O. seine Erklärung: Fragt man nach der Art und Form dieser Anordnung, so bietet sich neben der offenbar nicht in erster Linie gemeinten Klage nur die einstweilige Verfügung

„in Beziehung auf den Streitgegenstand, — wenn zu besorgen „ist, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands „die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesent- „lich erschwert werden könnte" —

§ 935 C.P.O. — unmittelbar an; der Ausdruck selbst aber wiederholt sich in § 938 C.P.O. „Das Gericht bestimmt nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zwecks erforderlich sind." Demnach erscheint als der Sinn des Wortlauts der, dass das Gericht über die Erforderlichkeit der Massregeln zwar nur auf Antrag, übrigens aber nach freiem Ermessen, zu entscheiden hat.

Nun kann aber einleuchtender Weise auch eine einstweilige Verfügung, ebenso wie das Urteil, keineswegs solche Anordnungen treffen, welche nicht im geltenden Recht ihre ausgesprochene oder unausgesprochene Begründung finden; so dass die Besonderheit der einstw. Verf. lediglich die Beschleunigung des Verfahrens und eine etwas grössere Freiheit des richterlichen Ermessens hinsichtlich der thatsächlichen Beurteilung der „Besorgnis" bildet; der Sinn der Vorschrift ist also einfach der, „Er ist zum Ge-

1) Auch die ausdrücklich vorgesehene Sequestration enthält, soweit als dem Eigentümer die Herausgabe an dem Sequester auferlegt wird, eine Handlung desselben; dies ist von den Motiven S. 398 Mugdan S. 222 oben S. 54 anerkannt.

horsam gegen die vom Gericht nach freiem Ermessen anzuordnenden Massnahmen verpflichtet". —

Wie durch einstweilige Verfügung, — welche ja ebenfalls zu einem Endurteil führen kann, — wird aber eine solche Anordnung auch durch Urteil erlassen werden können, — wobei dahingestellt bleiben mag, wie sich dann die hier platzgreifende Verhandlungsmaxime mit dem offenbar dem Gericht gewährten freieren Ermessen vereinigen lässt; dieselbe Frage bietet sich auch bei dem Urteil in der Teilungsklage, 752 B.G.B., und bei Grenzverwirrung § 920 B.G.B. Diese Gehorsamspflicht könnte nun aufgefasst werden als eine rein publizistische, nur auf die Befugnis des Staats, den Anordnungen seiner Prozessorgane Gehorsam zu erzwingen, gestützte (siehe unten S. 115: Der im Zwangsversteigerungsgesetz enthaltene Räumungsanspruch); es wird aber richtiger sein, die hier vorliegende Norm, da sie ja auch im Civil-Privatrecht gegeben ist, als eine rein civilrechtliche, und daher die ihr entsprechenden Verbindlichkeiten als rein private aufzufassen: Also: „Er ist zu dem nach gerichtlichem Ermessen erforderlichen Verhalten verpflichtet".

c) α. Es leidet denn auch keinen Zweifel, dass die Anordnung sich formell nicht etwa gegen einen Dritten oder gegen den betreibenden Gläubiger, sondern gegen den Eigentümer, welcher also auch für sie kostenpflichtig ist, richtet; und zwar auch dann, wenn er nicht selbst schädlich eingewirkt, sondern nur die Abwehr gegen Einwirkungen unterlassen hat; also auch wohl, wenn die Beschädigungen nicht von dritten Personen, sondern etwa von den Elementen, Wasser-Ueberfluss oder -Versiegen, verursacht sind:

Cosack II § 333 I 2b;
Matthias II § 58 S. 157;
Biermann zu 1134;
Dernburg Sachenrecht § 235 Ziff. 2b;
Hellwig und Endemann schweigen.

β. Hinsichtlich der möglichen Frage, ob die gerichtliche Anordnung dem Eigentümer ein persönliches Handeln auch dann auferlegen kann, wenn die Einwirkung nicht auf seinem Willen beruht, ist zu erwägen:

einmal:

dass der alte doctrinäre Wertunterschied zwischen Handeln und Nichthandeln gemildert und dass eine naheliegende Idee die ist, in der Unterlassung der zur Vermeidung der Gefährdung er-

forderlichen Massregeln eine Nachlässigkeit zu sehen, welche zu vermeiden er verbunden ist, —

und andererseits:

dass nach der aus 1134 Abs. 2 zu entnehmenden stillschweigenden Auffassung des Gesetzes (cf. vgl. auch 985: Herausgabepflicht auf eigene Kosten ohne Verschulden; 1004 Abs. 1, oben S. 77) der Eigentümer regelmässig die Kosten zu tragen hat, und dass für ihn die Herstellung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gegenüber dem umständlicheren Apparat einer gerichtlichen Vollstreckung billiger, und gegenüber dem sonst zu duldenden, vielleicht wenig rücksichtsvollen, Eingreifen des Gläubigers angenehmer sein wird;

deswegen wird man die Zulässigkeit des Tenors einer einstweiligen Verf. auf Handeln des Eigentümers nicht aus prinzipiellen Gründen ablehnen dürfen. Der Erwägung offen steht viel eher die Frage, ob nicht in gewissen Fällen das Gericht eine Verteilung der Kosten auf Gläubiger und Eigentümer für sachgemäss finden kann.

4. § 1135 stellt der Verschlechterung des Grundstücks die Verschlechterung oder ordnungswidrige Entfernung von Zubehörstücken, (etwa Maschinen) des Grundstücks gleich. Es ergiebt sich hieraus, bei analoger Anwendung der Ausführungen unter Ziff. 3:

a) ein gerichtlich, auch wohl durch Klage, realisierbarer Anspruch gegen den Eigentümer auf Rückbringung der weggebrachten Zubehörden: § 1134 Abs. 2 Satz 1.

b) Eine Klage auf fernere Unterlassung der Verschlechterung oder Entfernung, ebenso ein Anspruch auf Verhinderung, oder Gestattung der Verhinderung eines andern, an der Verschlechterung;

c) wie auf Rückbringung, so wird auch auf Wiederverbesserung des verschlechterten Zustandes erkannt werden können.

5. Zu beachten ist, dass sich die Hypothek gemäss 1118 nicht etwa auch auf die Forderung erstreckt, welche dem Eigentümer gegen einen Dritten wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Beschädigung der verpfändeten Sache aus § 823 zusteht (Arg. e contr. aus 1118. 1123. 1128; 21 Abs. 2 Zw.Vst.Ges.). Wohl aber erscheint die vorsätzliche oder fahrlässige Beschädigung der verpfändeten Sache (überhaupt?, oder nur soweit sie die Sicherheit der Hypothek vermindert?) als eine Verletzung auch des

Pfandrechts, welche für den Gläubiger eine Forderung auf Schadensersatz, d. i. ein gewöhnliches Schuldverhältnis nach § 823 begründet:

Motive;
Planck zu 823 S. 608,
Dernburg § 383,
Matthias § 142. II A. S. 709.

6. Hinsichtlich der Verwendbarkeit der obligationenrechtlichen Vorschriften zeigt sich sonach für

Ziff. 1: der gegen den bestimmten Gegner erwachsene Anspruch auf Unterlassung, vollstreckbar nach 890 Abs. 2 C.P.O., wird obligationsähnlich sein.

Ziff. 2: gewährt überhaupt keinen Rechtsanspruch.

Ziff. 3: der Anspruch auf Restitution ist demjenigen auf Grund des Eigentums durchaus ähnlich. Im Fall 3c könnte man für die Fälle, wo blosses Dulden der von dem Gläubiger vorzunehmenden Massnahmen auferlegt wird, annehmen, dass es sich lediglich um die der Rechtsübung des Gläubigers entsprechende natürliche Verbindlichkeit handle; s. oben S. 21. 78. Hiebei wäre aber dem nicht genügend Rechnung getragen, dass die natürliche Verbindlichkeit infolge der Gefährdung voll rechtswirksam geworden ist; Gründe, sie anders zu behandeln als gewöhnliche Schuldverhältnisse, sind nicht vorhanden. —

Auch diese Ansprüche sämtlich haben also keine Eigentümlichkeit, welche die Anwendung des Obligationenrechts Allg. Teil von vornherein unmöglich macht.

II. Nach der Fälligkeit.

Hier sind noch einmal die Bestimmungen des Zw.Verst.Ges. heranzuziehen.

1. a) Zwangsversteigerung:

§ 16. s. o. S. 97.

§ 17. Die Zwangsversteigerung darf nur angeordnet werden, wenn der Schuldner als Eigentümer des Grundstücks eingetragen, oder wenn er Erbe des eingetrag. Eigentümers ist.

§ 20. Der Beschluss, durch welchen die Zwangsversteigerung angeordnet wird, gilt zu Gunsten des Gläubigers als Beschlagnahme des Grundstücks.

§ 23. Die Beschlagnahme hat die Wirkung eines Veräusserungs-

verbots. Der Schuldner kann jedoch, wenn sich die Beschlagnahme auf bewegliche Sachen erstreckt, über einzelne Stücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft auch dem Gläubiger gegenüber wirksam verfügen.

§ 24. Der Schuldner behält Verwaltung und Benutzung nur innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft.

§ 25. Das Gericht kann Massregeln zur Abwendung einer durch das Verhalten des Schuldners herbeigeführten Gefährdung der ordnungsmässigen Wirtschaft anordnen.

§ 90. Durch den Zuschlag wird der Ersteher Eigentümer des Grundstücks, soferne nicht im Beschwerdeweg der Beschluss rechtskräftig aufgehoben wird.

§ 93. Aus dem Beschluss, durch welchen der Zuschlag erteilt wird, findet gegen den Besitzer des Grundstücks oder einer mit versteigerten Sache die Zwangsvollstreckung auf Räumung und Herausgabe statt. Die Zwangsvollstreckung soll nicht erfolgen, wenn der Besitzer auf Grund eines Rechtes besitzt, das durch den Zuschlag nicht erloschen ist; erfolgt gleichwohl die Zwangsvollstreckung, so kann der Besitzer nach Massgabe des § 771 C.P.O. Widerspruch erheben.

Zum Ersatz von Verwendungen, die vor dem Zuschlag gemacht sind, ist der Ersteher nicht verpflichtet.

b) Zwangsverwaltung:

§ 148. Durch die Beschlagnahme wird dem Schuldner die Verwaltung und Benützung des Grundstücks entzogen.

§ 149. Wohnt der Schuldner zur Zeit der Beschlagnahme auf dem Grundstück, so sind ihm die für seinen Haushalt unentbehrlichen Räume zu belassen.

Gefährdet der Schuldner oder ein Mitglied seines Hausstands das Grundstück oder die Verwaltung, so hat auf Antrag das Gericht dem Schuldner die Räumung des Grundstücks aufzugeben.

§ 150. Der Verwalter wird vom Gericht bestellt.

Das Gericht hat dem Verwalter durch einen Gerichtsvollzieher oder durch einen sonstigen Beamten das Grundstück zu übergeben, oder ihm die Ermächtigung zu erteilen, sich selbst den Besitz zu verschaffen.

2. Es bedarf nach diesen Citaten keiner weiteren Ausführung darüber, dass für die mehr oder minder vollständige Entsetzung

des Eigentümers nicht etwa die Fälligkeit der hypothekarischen Forderung oder des Grundschuldkapitals Bedingung ist, sondern der die Zwangsversteigerung anordnende Gerichtsbeschluss; dass sonach die Räumungs- u. s. w. Pflicht nicht als eine civilrechtliche, sondern lediglich als Ausfluss der öffentl. rechtlichen Pflicht anzusehen ist, staatlichem Verfahren sich zu fügen. Der klare Beweis hiefür ist, dass vor der Beschlagnahme der Gläubiger durchaus kein Mittel hat, die Räumung u. s. w. zu erzwingen, und dass auch, falls Räumung vorläge, das blosse Einverständnis des Eigentümers noch nicht das Gericht zur Vornahme der Zwangsversteigerung bevollmächtigen würde.

Aus § 93 ergiebt sich zugleich, dass Grund für die endgiltige Räumung des Eigentümers nicht die Fälligkeit der Hypothek, sondern das durch den Zuschlagsbeschluss entstandene neue Eigentum ist; dessen Besonderheit nur darin besteht, dass es, aus gutem Grund, mit sofortiger Vollstreckbarkeit bedacht ist. Dass die civilrechtlichen Vorschriften nicht durchgreifen, ergiebt sich auch aus dem Gegensatz von § 21 Abs. 2, Zw.Ver.Ges. zu § 1123 B.G.B.

3. Die Fälligkeit allein erzeugt daher, ohne Weiteres, keine dinglichen, rein auf das Immobiliarpfandrecht gegründeten Ansprüche; dass übrigens aus der Verletzung der öffentlich-rechtlichen Pflichten des Schuldners, insbesondere aus Verzögerung in der Räumung, Schadensersatzpflichten entstehen würden, ergiebt sich mit Bestimmtheit aus § 823; ob näherhin aus Abs. 1 oder Abs. 2 Satz 1 (letzteres wohl wahrscheinlicher), kann dahingestellt bleiben; jedenfalls aber entsteht dann kein rein dinglicher Anspruch.

Die Verpflichtung des Eigentümers nach Fälligkeit der Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld scheidet daher, da nicht privatrechtlich, aus der Behandlung aus. Soweit civilrechtliche Ansprüche entstehen, wird der Anwendung des Obligationenrechts nichts im Wege stehen.

III. § 17. Die übrigen Pfandrechte.

A. Die Befriedigung aus dem Mobiliarpfand im Allgemeinen.

Hier hat sich die Feststellung und Untersuchung der sich aus dem Befriedigungsrecht beim Mobiliarpfand ergebenden rein dinglichen Ansprüche anzuschliessen. (Ueber die übrigen An-

sprüche, aus Besitz und Fruchtziehungsrecht, s. oben S. 83. 85).

I. Auch hier erscheint die Veräusserung als Rechtsausübung des Gläubigers (über die ihm obliegenden gewöhnlichen Verbindlichkeiten s. oben S. 15. 16, über die ihm obliegenden Lasten s. oben S. 105); anzuführen sind besonders:

§ 1204: Der Gläubiger ist berechtigt, seine Befriedigung aus der Sache zu suchen.

§ 1219: Er kann das Pfand öffentlich versteigern lassen.

§ 1230: Er kann unter mehreren Pfändern diejenigen auswählen, die verkauft werden sollen.

§ 1221: Er kann den Verkauf aus freier Hand bewirken.

II. Die Veräusserung erfolgt nicht nach freiem Belieben des Gläubigers, vielmehr

1) öffentlich, d. h.

entweder im Weg der öffentlichen Versteigerung (§ 1235. 183 Abs. 3) durch Gerichtsvollzieher oder öffentlich angestellten Versteigerer:

oder zwar freihändig, aber immerhin durch öffentlichen Handelsmäkler oder versteigerungsbefugte Personen zum laufenden Preis.

2) oder auch, wenn gegen den Eigentümer vollstreckbarer Titel vorliegt, im Weg des Pfändungsverkaufs.

1. Gemäss § 1247 gilt, soweit der Erlös dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung gebührt, die Forderung als vom Eigentümer berichtigt.

Dass der Erlös nicht alsbald dem Eigentümer als volles Eigentum zufallen kann, ergiebt sich schon aus dem, von den allgemeinen Zwangsvollstreckungsprinzipien, C.P.O. § 805, herübergenommenen § 1232 Satz 2, wonach der nichtbesitzende Pfandgläubiger dem Verkauf durch den nachstehenden Pfandgläubiger nicht widersprechen kann.

Die anscheinend so einfache Fassung des § 1247 führt zu beträchtlichen Zweifeln; aus Satz 2 ergiebt sich nämlich, dass das Gesetz nicht die nach den oben Z. 1. citierten Gesetzesstellen naheliegende Konsequenz ziehen wollte, dass der Pfandgläubiger „als Verkäufer", einfach Eigentümer des ganzen Erlöses, mit Abrechnungs- und Ersatzpflicht, wird, sondern dass das Prinzip des Betreibungsrechts eine Umbiegung erfahren hat.

Bei der Feststellung der Rechtsverhältnisse aus dem Pfandverkauf ist auszugehen von § 1238, wonach als Regelfall der der Barzahlung zu Grund zu legen ist. Für die Rechtsauffassungen

des Erwerbers bei der Versteigerung und Zahlung ist zu Grund zu legen § 1237, wonach lediglich die Mitteilung, dass Pfandverkauf stattfindet, — aber ohne Angabe der Forderung —, vorgeschrieben ist und gewöhnlich erfolgen wird; sonach hat der Erwerber lediglich die Absicht, für sich Eigentum zu erwerben, ohne sich um die inneren Verhältnisse der an der Pfandsache Berechtigten zu kümmern oder sich eine bestimmte Person als Berechtigten zu denken. Bei der Zahlung wird er also nur die bestimmte Absicht haben, der Gefahr des Geldes, aber auch des Eigentums an demselben, sich zu entäussern; im übrigen wird er bei der Hingabe des Gelds Eigentumsübergang eben „gemäss den gesetzlichen Vorschriften", also „an die jeweiligen, ihm persönlich nicht bekannten, Berechtigten" wollen.

a) Erfolgt einfacherweise getrennte Auszahlung erst des Forderungsbetrags, dann des übrigen Kaufpreises, so entsteht für den restlichen bezahlten Betrag alsbald Eigentum des Sacheigentümers, Pfandrecht der nachstehenden Gläubiger, — § 1247 Satz 2.

1) Gewöhnlich wird nun der Versteigerer die letztere Summe dem Eigentümer direkt übergeben, der hinsichtlich derselben den pfandrechtlichen Ansprüchen der übrigen Pandgläubiger (§ 1205, 1227, 985) ausgesetzt ist.

2) Wird sie inkorrekt dem betreibenden Pfandgläubiger, jedoch getrennt übergeben, so ist dieser als Besitzer derselben der Vindicatio des Eigentümers der Sache und dem Herausgabeanspruch der übrigen Gläubiger ausgesetzt (§ 1205: Gläubiger ist zum Besitz berechtigt; dies muss auch für das Pfand an Geld gelten, 1227. 985.).

Uebrigens wird dieses Verhältnis des betreibenden Gläubigers zum Eigentümer immerhin als ein zum Besitz (wenn nicht berechtigendes, so doch jedenfalls bis zur Ablieferung, auf Zeit) verpflichtendes anzusehen sein; daher ist wohl der Eigentümer auch vor der Ablieferung als mittelbarer Besitzer zu behandeln, und somit, da ja auch der mittelbare Besitzer der Vindicatio unterworfen sein wird (s. u. S. 160 b), gleichfalls der Herausgabeforderung der Pfandgläubiger unterworfen.

3) Ist der Pfandgläubiger so wenig berechtigt, dass ihm überhaupt nichts, auch nichts von dem auf die Forderung bezahlten Betrag, gebührt, so liegt auch für diesen Betrag

das zu Ziffer 2 festgestellte vor: blosser Besitz mit Vindicatio des Eigentümers, und Pfandrechtsansprüche der Pfandgläubiger gegen den betreibenden Gläubiger und gegen den Eigentümer.

4) Besteht hinsichtlich des „auf die Forderung" ausgezahlten Betrags nur teilweises Befriedigungsrecht des betreibenden Gläubigers, so werden dieselben Erwägungen wie für den Fall der ungetrennten Auszahlung, siehe unten β, durchschlagend sein.

b) Die ungetrennte Auszahlung und Verwahrung wird, wenn nicht besondere Vorschriften gegeben sind, die gewöhnlichere sein.

1. Nach dem oben vor a Ausgeführten will der Erwerber bei der Eigentumsübertragung sich sowohl hinsichtlich der Empfänger als hinsichtlich ihrer Quoten nach Sinn und Willen des Gesetzes richten. Für die Absicht des Gesetzes muss die vernünftige Beurteilung der Folgen, insbesondere die Gestaltung beim Konkurs des Erwerbers, massgebend sein. Nimmt man nun die Auseinandersetzung als Suspensivbedingung für den Eigentumsübergang, so ergiebt sich, dass im Fall des Konkurses des Erwerbers, da noch nicht völlig erfüllt und das Eigentum noch nicht an eine bestimmte Person übergegangen, die Geldsumme zur Masse zurückgefordert werden könnte. Dies kann das Gesetz nicht gewollt haben. Es muss deswegen Miteigentum der Berechtigten bis zur Auseinandersetzung als gewollt angenommen werden.

Auch an die Anwendung der Vorschriften über Gesellschaft (zwar nicht direkt, da der Betreibende allein als der Berechtigte erscheint, aber analog, § 718. 734) liesse sich denken; auch hier ergiebt sich Gemeinschaftlichkeit des Geldbetrags bis zur rechnerischen Auseinandersetzung. Dagegen erscheint die Hereinziehung von § 948. 947 (so Biermann) deswegen nicht empfehlenswert, weil ja diese Paragraphen doch immer nur in dem Fall eintreten, dass keine abweichende gesetzliche oder Parteibestimmung (thatsächlich oder fingiert) eingreift.

Für unsern Zweck genügt es zu konstatieren, dass nach allen annehmbaren Konstruktionen Miteigentum sich ergiebt, und zwar zwischen dem betreibenden Pfandgläubiger und dem Eigentümer

der Pfandsache. Gemäss 1247 müssen nun die Pfandrechte der übrigen Gläubiger an dieser zunächst noch nicht ermittelten Miteigentumsquote bestehen, und es finden weiterhin die Vorschriften von 1258, insbesondere Absatz 2, Anwendung — wonach die übrigen Pfandgläubiger, im Fall von 1228 Abs. 2 allein, sonst mit dem Sacheigentümer, die Auseinandersetzung verlangen dürfen. Beklagter ist demnach der Betreibende, im Besitz der Summe befindliche Pfandgläubiger; und zwar, da es sich ja formell um Auseinandersetzung einer zunächst bestehenden Gemeinschaft handelt, selbst dann, wenn er materiell gar nicht berechtigt ist, also bei der Auseinandersetzung überhaupt nichts erhält.

2. In den — wohl seltenen — Fällen, wonach von vornherein ganz evident ist, dass der Betreibende schlechterdings unberechtigt, würde wohl die oben a 2 erörterte Gruppierung ebenfalls vorliegen.
3. Liegt, bei getrennter Ausfolgung, nicht ausreichende Berechtigung des betreibenden Gläubigers an dem „auf die Forderung“ zurückbehaltenen Erlös vor, so wird auch hinsichtlich des letzteren das zu b 1 und 2 Ausgeführte durchgreifen; denn die Verteilungsweise des Versteigerers darf nicht, und kann deswegen nicht, eine Abänderung der gesetzlichen Ordnung bewirken. Auch in diesem Fall wird also der betreibende Pfandgläubiger der auf Auseinandersetzung oder Herausgabe Einzuklagende sein.

c) Der Fall, dass infolge der Zuteilung schon Vermischung stattgefunden hat — § 951 B.G.B. — braucht hier nicht erörtert zu werden: als Ersatzanspruch-begründender Rechtsverlust wird übrigens auch schon der Untergang der Pfandrechte der anderen Gläubiger betrachtet werden können.

d) Aus allen diesen Punkten folgt, dass im Fall des privaten Verkaufs die Auseinandersetzungsklagen der übrigen, besser berechtigten Pfandgläubiger immer gegen den „betreibenden Pfandgläubiger“, nicht etwa gegen den — vor Zutreffen des § 1228 allerdings zur Mitwirkung rechtlich gebundenen und darauf einklagbaren — Eigentümer zu richten sind. Als Ansprüche aus Pfandrecht oder Eigentum können nun die Auseinandersetzungsansprüche — auch die der Pfandgläubiger nach 1258 — nicht betrachtet werden; dieselben sind Ansprüche aus Miteigentum, also nach seitheriger Rechtsauffassung gewöhn-

liche obligatorische, auf welche sonach der allgemeine Teil des Obligationenrechts ohne weiteres Anwendung findet.

Rein dingliche, unmittelbar aus Eigentum oder Pfandrecht hervorgehende Ansprüche sind nur die unter a 1. 2. 3. und b 2. 3. eruierten. Auch für sie gilt, da sie ja Herausgabeansprüche sind, und § 985 analog auf sie Anwendung findet, dass ihre Natur der Anwendung des allgemeinen Teils des Obligationenrechts kein Hindernis entgegensetzt.

2. Bei dem Pfandverkauf nach dem Pfändungspfandrecht gelten die Bestimmungen der C.P.O.

a) Fällt Schuld und Eigentum an der Sache, etwa infolge Verkaufs unter Wahrung des Pfandrechts, nicht mehr zusammen, so ist gemäss 1233, übrigens auch gemäss C.P.O. 750 vollstreckbarer Titel gegen den Eigentümer nötig. Die Bedeutung dieser Klage muss dieselbe sein wie bei der Klage aus dem Immobiliarpfandrecht, nämlich die Feststellung der Vollstreckbarkeit der Forderung in das Vermögensstück des Eigentümers. Es gilt für sie dasselbe, was oben S. 97. 98 unter C. und S. 96. 97 unter B. d, namentlich auch hinsichtlich der Pflicht die Befriedigung zu dulden, bemerkt ist.

b) Der Widerspruch des besser berechtigten Pfandgläubigers gegen den Zwangsvollstreckungsverkauf erfolgt in der Form der Klage nach § 805 C.P.O. Ueber die Passivlegitimation hinsichtlich derselben findet sich bei Hellwig S. 409. 410 eine kurze Anmerkung Nr. 33, mit der Behauptung, dass die „Klage auf vorzugsweise Befriedigung“ nicht gegen den Gläubiger, sondern gegen den Eigentümer — Schuldner — zu richten sei. Dies erweckt Bedenken, und es ist hierauf näher einzugehen.

1) Wie nach seitherigem Recht begründet der Widerspruch des besseren Gläubigers keinen Aufenthalt für das Vollstreckungsverfahren; auch nicht für die Versteigerung. Dies ergiebt sich insbesondere aus § 805 Abs. 4, wonach, selbst wenn das bessere Recht glaubhaft gemacht, nur Hinterlegung des Erlöses, s. c. „aus der Versteigerung“, eintritt.
2) Wer ist nun passiv legitimiert? Hellwig unterscheidet; er lässt die Klage, soweit sie „auf Befriedigung aus dem Erlös“ gerichtet ist, gegen den Eigentümer, — gegen den betreibenden Gläubiger dagegen nur soweit dessen „Verhinderung an der Einziehung des ganzen Erlöses“ bezweckt wird, gehen. Gaupp lässt die Klage aus § 710 (alt) auf vorzugsweise Befriedigung aus dem

Erlös, d. h. Gestattung der Auszahlung an den Kläger auf dessen besser berechtigte Forderung, nur gegen den betreibenden Gläubiger anstellen.

3) Bei der Beantwortung ist zunächst zu konstatieren, dass das formelle Prozessrecht heute keine Abweichung gegen früher aufweist (§ 710 alt — 805 N.C.P.O.); dass dagegen, während früher für die materiellrechtliche Seite das Landesrecht massgebend war, heute gemäss § 1257 die Vorschriften des B.G.B. über das rechtsgeschäftliche Pfandrecht auch für das gesetzliche, also auch für das kraft Gesetzes auf Grund der Pfändung entstehende Pfändungspfandrecht nach 804 Abs. 1 C.P.O. Anwendung finden.

α) Als Grundlage der Untersuchung gilt folgendes:

aa) nach Gemeinem Recht hatte der Vollstreckungsschuldner das Eigentum an dem Exekutionsobjekt mit dem Zuschlag verloren; gegen den Gläubiger hatte er nur den obligatorischen Anspruch auf Rückzahlung der hyperocha. Das Verhalten des Gerichtsvollziehers bestimmte sich nach 720, jetzt 819: „Die Empfangsnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von Seiten des Schuldners."

Demnach hatte der Gerichtsvollzieher den Erlös der Versteigerung als ausschliessliches Eigentum des Gläubigers in Empfang zu nehmen, und zwar nach Pand. Recht, welches einfach den Gläubiger als Verkäufer dachte, auch dann, wenn sich ein Ueberschuss ergab.

bb) Dies ist heute anders. Heute bestimmt § 1247 B.G.B. „(Nur) soweit der Erlös dem Pfandgläubiger gebührt, gilt die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt." Dieser Paragraph ist, gemäss 1257 B.G.B. auch für den Zwangsverkauf anzuwenden. Ein Einwand hiegegen kann nicht daraus entnommen werden, dass die Bestimmung des § 720 C.P.O. (alt) unverändert geblieben ist (§ 819 N.C.P.O.); richtiger Ansicht nach bezieht sich dieselbe überhaupt nur auf die Liberation des persönlichen Schuldners, ohne auf das Verhältnis des betreibenden Gläubigers zu Dritten, etwa andern Gläubigern, einzugehen; und auch daraus, dass bei der so genauen Berücksichtigung der einschlägigen Stellen des B.G.B., vgl.

§ 816, 817 je Absatz 4, C.P.O.

§ 461 B.G.B., 806 C.P.O.

trotzdem der § 1247 nicht erwähnt worden ist, kann kein Indiz

gegen seine Geltung entnommen werden: denn zur Erwähnung lag deswegen kein Grund vor, weil weder entsprechende Anwendung, noch Ausschluss des § 1247 B.G.B. vorgeschrieben werden sollte, vielmehr einfach angenommen wurde, dass sich die direkte Anwendung — da durch § 819 nicht ausgeschlossen — eben gerade hier von selbst versteht.

Gemäss 1247 ist also bis zur Auseinandersetzung des Erlöses, Miteigentum des Sacheigentümers nach seiner Quote, und Pfandrecht der übrigen, zunächst nicht betreibenden, Gläubiger an derselben, anzunehmen.

β) Die Ansprüche des besseren, widersprechenden Pfandgläubigers sind nun folgende:

aa) mit Beginn der Zwangsvollstreckung — auch schon vor der Versteigerung — hat er, anstatt des, durch den Beginn der Zwangsvollstreckung präkludierten, Anspruchs auf Herausgabe nach 1227, sofort den Anspruch auf vorzugsweise Berücksichtigung bei der Verteilung des Erlöses.

bb) Nach der Versteigerung hat er:

αα) nach Civilrecht als Pfandgläubiger an der Miteigentumsquote des Sacheigentümers (§ 1247 Abs. 2): gegen den vollstreckenden Gläubiger den Anspruch auf Auseinandersetzung gemäss 1258 Abs. 2 Satz 2 und Absatz 3, gegenüber dem Sacheigentümer — soweit demselben etwa ein Rest des Erlöses ausgefolgt worden und noch nicht vermischt — den pfandrechtlichen Anspruch auf Herausgabe, 1247 Satz 2.

Zwischen Versteigerung und Erlösverteilung hat er:

1. Vor Liquidität seiner Forderung (§ 1228 Abs. 2) keinen Anspruch als den natürlichen auf Duldung seiner rechtlichen Massnahmen;
2. Nach Liquidität (§ 1228 Abs. 2) ebenfalls nur diesen letzteren, — nur dass er jetzt in Bethätigung seines Rechts die ihm nun allein zustehende Aktivlegitimation hinsichtlich der Forderung auf Auseinandersetzung (§ 1258 Abs. 2 Satz 2) geltend machen kann. Bei der Auseinandersetzung erhält er die ihm zukommende Quote des Erlöses ausgefolgt, und die Behandlung wird nun gerade so sein, als wäre eine gewöhnliche Geldforderung nach 1288 Abs. 2, 1282 eingezogen; so dass also an dem ihm gebührenden Teil des Erlöses ihm das Eigentum zukommt.

ββ) Nach Prozessrecht, C.P.O. § 805, wird dieser etwas umständlichere Hergang dadurch abgeschnitten, dass, falls Urteil ge-

mäss § 805 gegen den erstvollstreckenden Gläubiger zu Gunsten des Widerstreitenden ergeht, der Gerichtsvollzieher als staatliches Vollstreckungsorgan dieses Urteil in seinem Vollstreckungsverfahren, — bei welchem er übrigens ja nur auf die hervortretenden, nicht auch auf andere, sich zurückhaltende, Gläubiger Rücksicht zu nehmen hat, — von Amts wegen berücksichtigen muss; denn das im Zwangsvollstreckungsprozess ergehende Urteil muss doch notwendig unmittelbar auf das Zwangsvollstreckungsverfahren Einfluss haben.

Wenn in dieser Hinsicht Planck Bd. II S. 718 darauf hinweist, dass die Parteien lediglich der Sieger, = der Vollstreckende, und der Widerstreitende, bessere Gläubiger sei, und dass daher für die Rechtskraftwirkung gegen den Erstbesiegten, den persönlichen Schuldner, kein Raum sei: so ist hier wohl übersehen, dass die Befriedigungsmöglichkeit hier nicht als eine Folge der Rechtskraft erscheint, sondern dessen, dass der Gerichtsvollzieher die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts kraft seines Verhältnisses als Staatsorgan zu berücksichtigen hat. — Gegen Plancks Darstellung spricht insbesondere, dass sie den Fall, wo der Eigentümer stillschweigend nicht widerspricht, nicht erwähnt; gerade in diesem häufigsten Fall erfolgt die Befriedigung des Gläubigers nach § 805 ohne eine ausdrückliche Klage gegen den Eigentümer. Eben dies wird auch gegen Hellwig anzuführen sein.

γγ) Ist der Erlös verteilt und die Zwangsvollstreckung beendigt, so kann, da kein Pfandrecht besteht und auch die Zwangsvollstreckung beendigt, somit § 805 präkludiert ist, keine prozessuale Klage mehr angestrengt werden; sondern nur — unter welchen Umständen ist hier nicht zu erörtern — die obligatorische Klage aus Bereicherung.

cc) Aus αα bis γγ ergiebt sich, dass die Klage aus § 805 C.P.O., auch wenn sie geradezu auf alsbaldige Befriedigung aus dem Erlös geht, durchaus nicht notwendig gegen den Eigentümer gerichtet sein muss. Es scheint deswegen die Gaupp'sche Darstellung, zu § 710 alt C.P.O. II. Ziff. 3 und 4, nach wie vor als richtig. Die neben der Klage aus 805 hergehenden civilrechtlichen Ansprüche enthalten keinerlei Besonderheit gegenüber den dinglichen Ansprüchen.

dd) Ist gemäss § 805 Abs. 4 die Hinterlegung des Erlöses angeordnet, so können C.P.O. 819 und B.G.B. 1247 nicht Platz greifen.

Jedoch muss, da die Absicht des Gesetzes auf möglichste Erhaltung des bestehenden Zustandes gehen muss, angenommen werden, dass zunächst der Sach-Eigentümer auch Eigentümer des Erlöses wird. Dem entspricht dann die Annahme von Pfandrechten der Gläubiger: Entweder an den Nummi, wenn nämlich in specie hinterlegt; Erfolgt dagegen, wie nach dem württembergischen A.B.G.B. 151, Einzahlung der Summe und Eigentumsübergang an den Staat, so müssen entweder Pfandrechte der Gläubiger an der Rückzahlungsforderung des Eigentümers angenommen werden, oder verhältnismässige Aktivlegitimationen derselben an der Rückzahlungsforderung.

Diese letztere Annahme ist als die einfachere vorzuziehen; gegen die Annahme von Pfandrechten an der Rückzahlungsforderung spricht schon der Unterschied zwischen § 805 Abs. 1 und dem durch § 1279 herangezogenen § 1228 Abs. 2, wonach das Prozessrecht, nicht aber das bürgerliche, die Fälligkeit oder Nichtfälligkeit der Hauptforderung ausser Acht lässt. Für uns scheidet die Untersuchung der Rückzahlungsforderung (und der Pfandrechte an derselben) schon auf Grund des oben § 8 S. 31 Vorausgeschickten aus; übrigens ist auch in dem Fall, dass in specie hinterlegt, der Charakter des Rückgabe- oder Herausgabeanspruchs kein rein dinglicher, sondern mit einem publizistischen Element (da die Hinterlegungsstelle Behörde) vermischt; auch dieser Anspruch bietet daher für die Beurteilung der rein dinglichen Ansprüche keinen Aufschluss. In Beantwortung der vorbesprochenen Kontroverse ist jedoch hier noch folgendes festzustellen:

Der Eigentümer (früher der Sache, jetzt des hinterlegten Erlöses) ist nicht Besitzer der hinterlegten Nummi, denn die staatliche Hinterlegungsstelle wird nicht für ihn, sondern für die Pfandgläubiger besitzen.

αα) Gegenüber der Herausgabeklage aus § 1227 ist er also nicht legitimiert.

ββ) Eine Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung (nach 1233) ist gerade durch 805 erspart, also wahrscheinlich hier nicht zulässig.

γγ) Für eine Feststellungsklage gegen ihn — die übrigens ja nicht Ausfluss eines civilrechtlichen Anspruchs ist — liegt zunächst, solange er bloss die Vollstreckungsmassnahmen des Vollstreckungsgläubigers geschehen lässt, noch kein rechtliches Interesse vor.

Dagegen sind die betreibenden Gläubiger (sowohl der Erst-

vollstreckende, als der Widerstreitende) jedenfalls der Klage au § 805 gegenüber, übrigens wohl, da die Hinterlegungsstelle den Willen hat, für sie zu besitzen, auch als mittelbare Besitzer gegenüber der Klage aus 1227, endlich auch gegenüber einer etwaigen Feststellungsklage passiv legitimiert.

III. Fasst man nun noch die aus dem Hergang bei der Befriedigung aus der Pfandsache sich ergebenden dinglichen Ansprüche zusammen, so sind es folgende:

II. 1 a) 1. 2. 3
b) 2. 3 = a 2.

Von ihnen, und von den, den dinglichen nahestehenden:

αα) 1., S. 122, Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung (sie mag, trotz dd ββ, s. oben S. 124, immerhin erwähnt werden)

β dd. S. 124 Klage der früher oder später hinzutretenden Pfandgläubiger auf Herausgabe der einzelnen Nummi gegenüber der Hinterlegungsstelle

gilt immerhin: auch aus ihrem Charakter ergiebt sich kein prinzipielles Hindernis dagegen, dass man die Anwendbarkeit des allgemeinen Teils des R. d. Sch. V. zunächst einmal generell, unter Vorbehalt für diejenigen Verhältnisse, für welche einzelne Punkte nicht zutreffen, ausspricht.

B. Für das Schiffspfandrecht bestimmt

§ 1268: eine Befriedigung nur im Weg der Zwangsvollstreckung (§ 864. 870 Abs. 2 C.P.O.: nur durch Zwangsversteigerung; § 162 ff. Zw.Verst.Ges.: im wesentlichen nach den Grundsätzen der Grundstücksversteigerung).

§ 1266: Hinsichtlich des Schiffs selbst Anwendung der Bestimmungen des Mobiliarpfandrechts, soweit nicht der Besitz Voraussetzung derselben ist.

Immerhin also, unter letzterer Modifikation, wird 1227, analoge Anwendung der Eigentumsansprüche, Platz greifen.

Hieraus ergiebt sich, dass die aus dem Schiffspfandrecht sich ergebenden dinglichen Ansprüche schwerlich eine für die vorliegende Studie bedeutsame Abweichung von den seither behandelten zeigen können, und es unterbleibt daher die, zu viel Platz beanspruchende, Untersuchung über etwaige Modifikationen der §§ 1205 bis 1257.

C. Das Pfandrecht an Wertpapieren.

Nach oben § 8 S. 31 ist von der Frage der Legitimation zur ver-

körperten Forderung abzusehen. Es interessieren nur die Rechte an der Sache, dem Papier selbst.

I. Für das Pfandrecht am Inhaberpapier, also auch für die aus demselben hervorgehenden dinglichen Ansprüche an das Papier, gelten gemäss § 1293 die Vorschriften des Pfandrechts an beweglichen Sachen, insbesondere 1228. 1221. Es bietet sich hier also kein Anhalt für neuerliche, etwa den Gang der vorliegenden Studie entscheidend beeinflussende Untersuchungen.

II. Das Pfandrecht an Wechseln oder anderen indossablen Papieren entsteht nach § 1292: „Es genügt die Einigung und Uebergabe des indossierten Papiers."

a) Auf die hienach zugelassene anderweite Verpfändung der aus dem Papier sich ergebenden Forderung — (wie neben der Uebereignung durch Indossament auch die blosse Cession der Wechselforderung möglich ist, so kann auch hier einfache Verpfändung der Wechselforderung vorgenommen werden; dann wird sich das Pfandrecht an der Forderung auf das Papier gemäss § 952 B.G.B. erstrecken) — braucht hier nicht eingegangen zu werden, da die Verschiedenheit sich lediglich nach der obligatorischen Seite hin geltend macht.

b) Hinsichtlich der Verpfändung durch Indossament ist bestritten, ob bloss Pfandrecht an dem Papier, oder volles Eigentum mit nur obligatorischer Verbindlichkeit des Pfandgläubigers gegen den Verpfänder entsteht.

1. Die Motive S. 868 Mugdan 485 betonen mit aller Bestimmtheit, dass jede Beschränkung der Wirkung des Indossaments nur als eine obligatorische möglich sei, deswegen ein Pfandrecht im eigentlichen Sinn durch Indossament überhaupt nicht begründet werden könne.

In den K.P. S. 4337. 38; 8605. 06 Mugdan 958. 961, kam auch die abweichende Ansicht, dass durch das Indossament auch nur ein Pfandrecht begründet werden könne, zum Ausdruck.

2. In der Litteratur bestehen geteilte Ansichten; Staub, zu B.G.B. (alt) Art. 309 lässt den Zusatz „zum Pfand" die „Wirkung des Indossaments" nicht beeinträchtigen (§ 5), bestimmt dieselbe aber nur dahin (§ 8), dass der Pfandgläubiger die Befugnis einzuziehen, nicht aber auch die, weiter zu indossieren, erhält; hiemit stimmt auch seine Auffassung hinsichtlich des verpfändungshalber indossierten, nicht „begebenen" Wechsels, zu W.O. Art. 9 § 3: — wo-

durch sich W.O. Art. 10 Satz 1 (— hierzu Staub § 1 —) ganz bedeutend, nämlich ausschliesslich auf die Fälle der Indossierung zu Eigentum, beschränkt.

Ebenso lässt Cosack, Lehrbuch des Bürg. Rechts § 262 IV. 1a S. 158 auch bei nicht ausdrücklich eingeschränktem Indossament trotzdem nur Pfandrecht entstehen.

Bezüglich des Satzes K.P. 8606 Mugdan 961 „Die zur Uebertragung des Papiers nach aussen erforderliche Legitimation stehe dem Pfandgläubiger auf Grund des § 1199 (jetzt 1292) zu, — „Da ein Indossament mit dem Vermerk, dass es nur zu Pfandzwecken erfolge, kaum vorkommen wird“ ist anzumerken, dass er jedenfalls in vorstehender Fassung nicht schlüssig ist; denn, falls das Gesetz dem pfandweisen Indossatar die Befähigung zur Weiterveräusserung durch Indossament einräumen wollte — und gerade darüber wurde ja de lege ferenda verhandelt — so hätte auch der Beisatz zu dem Indossament „zu Pfandzweck“ keine diese Veräusserungsbefugnis nach aussen einschränkende Wirkung.

3. Das B.G.B. hat aber den oben angeführten Grundsatz der Motive überhaupt aufgegeben, und legt auch dem unbeschränkten, aber thatsächlich nur verpfändungshalber erteilten Indossament nur eine, dem gewöhnlichen „Begebungsindossament“ (W.O. Art. 9, H.G.B. § 364) gegenüber bedeutend beschränktere Wirkung bei. Es ergiebt sich dies aus den im ersten Entwurf noch nicht enthaltenen:

§ 1294: Ist ein Wechsel oder ein anderes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, oder ein Inhaberpapier Gegenstand des Pfandrechts, so ist, auch wenn die Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 nicht eingetreten sind, der Pfandgläubiger zur Einziehung, und, falls Kündigung erforderlich, zur Kündigung berechtigt und kann der Schuldner nur an ihn leisten,“ — und

§ 1295: Hat ein verpfändetes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, einen Börsen- oder Marktpreis, so ist der Gläubiger nach dem Eintritt der Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 berechtigt, das Papier nach § 1221 verkaufen zu lassen.

Denn beide Paragraphen sollen offenbar nicht bloss das interne Verhältnis zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder regeln: dies ergiebt sich, wenigstens für das indossable Papier, schon

aus § 1294 „der Pfandgläubiger ist zur Einziehung berechtigt, Schuldner kann nur an ihn leisten“) und die soeben hervorgehobene Fassung des § 1295 erweckt einesteils den Eindruck, dass die Berechtigung verkaufen zu lassen, sich besonders auch auf die Legitimation nach aussen bezieht: andernfalls wären wohl die Worte „dem Verpfänder gegenüber“ einzuschalten gewesen. Andererseits wird das Arg. e contr. nahegelegt, dass vor dem Eintritt der Voraussetzungen des 1228, und ebenso wenn kein Börsen- oder Marktpreis besteht, keine Veräusserungsbefugnis, nicht mit den Kautelen des § 1228, und also vollends nicht in der leichteren Form des Indossaments, gegeben sein soll.

Demnach ist die Auffassung des B.G.B. die, dass weitere Wirkungen, als die in den genannten Paragraphen festgestellten, auch dem einschränkungslosen Indossament, soweit es einen Verpfändungsvertrag bezweckt, nicht zukommen sollen.

Es wirkt also nur ausschliessliche Legitimation des Gläubigers gegenüber dem Schuldner, nicht aber auch die Befugnis der weiteren Begebung.

Es mag darauf hingewiesen werden, dass die so eruierte Auffassung des Gesetzes mit der schon seither für das Pfandrecht an Ordrepapieren aufgestellten Staub'schen (Comm. zu Art. 309 § 8) übereinstimmt. Bei der Schwierigkeit der Frage wäre es vielleicht vorsichtiger gewesen, wenn Haidlen in seinem Kommentar bei § 1292 auch die Stellen der K.P.S. 4337. 38. 39. 8606 angefügt hätte.

c) Hieraus ergiebt sich, dass trotz des Indossaments der Verpfänder Eigentümer des, nur verpfändeten, Papiers bleibt. Die praktische Wirkung für uns ist die, dass demnach, entgegengesetzt der citierten Auffassung der Motive, die Rechte des Pfandgläubigers am Wechsel nur die aus 1227, nicht die direkten aus 985 und 1004 sind, und dass sonach dingliche Rechte und Ansprüche sowohl des Verpfändeten als des Pfandgläubigers möglich bleiben.

Die hauptsächlichsten derselben sind:

1. der nach den Motiven rein obligatorische, für uns rein dingliche, und aussonderungsberechtigte, Anspruch auf Rückgabe des Wechsels nach Erlöschen des Pfandrechts und der Forderung, § 1252.
2. ferner, wenn Pfandgläubiger unbefugt weiter indossiert hat,

der allerdings durch W.O. 74 stark beschränkte Anspruch auf Herausgabe gegen die Besitzer;

vgl. Staub, Komm. zur W.O. zu Art. 36 § 25. 26.
zu Art. 74 § 2 —

so dass das Verhältnis demjenigen auf Grund des § 932 B.G.B. ziemlich ähnlich ist. Diesen dinglichen Rechten entsprechen selbstverständlich auch wieder obligatorische Verpflichtungen: § 1215. 1226.

3. Andererseits das Recht des Pfandgläubigers, versteigern zu lassen: § 1219. 1221.
sein Recht auf Besitz § 1205. 1227.

d) Ein genaueres Eingehen ist auch hier nicht nötig, weil sich schon aus diesen allgemeinen Erörterungen ergiebt, dass auch die hier festgestellten dinglichen Ansprüche, sei es auf Herausgabe oder Dulden, keinerlei Abweichungen von dem bisher festgestellten Wesen der Herausgabe- und Duldungsansprüche enthalten.

§ 18.

Anhang.

Reallasten.

I. Vom 7. Abschnitt kommen für die Aufgabe nur die §§ 1105, 1107, 1108 in Betracht;

§ 1105 bestimmt mit demselben Wortlaut wie 1113, 1191, 1199 die Haftung des Grundstücks für die wiederkehrenden Leistungen;

§ 1107 die entsprechende Anwendung der Vorschriften für die Hypothekzinsen;

§ 1108 erweist, dass die Haftung des Grundstücks auch ohne gleichzeitige persönliche Haftung möglich und gegeben, somit das einzig Wesentliche an der Reallast ist.

II. 1) Aus § 1105, verbunden mit 1108 ergiebt sich, dass in den Fällen, wo keine persönliche Verbindlichkeit besteht, die einzelnen Leistungen nicht direkt klagbar, sondern nur durch die Anordnung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück indirekt erzwingbar sind; es ist also der Name „Last“ siehe oben S. 104 besonders passend. Andererseits ist hier § 46 Zw.Vst.Ges. heranzuziehen: „Für wiederkehrende Leistungen, welche nicht auf Geld „gerichtet sind, hat das Gericht einen Geldbetrag festzusetzen, „auch wenn ein solcher nicht angemeldet ist.“

Hieraus ergiebt sich, dass eine Reallast, welche nicht auf Geld und auch nicht auf eine geldwerte Leistung geht, überhaupt nicht vollstreckbar ist: demnach erfährt der Inhalt der Reallast die Beschränkung auf Geld oder geldwerte Leistung.

Hinsichtlich der Streitfrage, ob auch negative Reallasten möglich seien, ergiebt sich weiterhin die seither in der Litteratur noch nicht betonte Bemerkung:

Gemäss 1105 haftet das Grundstück für die „wiederkehrende Leistung", — übrigens nach 1118 nur für die gesetzlichen Zinsen, nicht auch für Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Zuwiderhandlung.

Demgemäss wird, soweit man einen negativen Inhalt der Reallasten überhaupt für möglich erachten will, einerseits auch hier der § 46 Zw.Ver.Ges. — „Geldwert" — eine bedeutende Einschränkung bringen; andererseits ist zu bedenken, dass die Zwangsversteigerung im Geiste des Gesetzes nicht etwa die Bedeutung einer Strafe — (wie etwa § 890 Abs. 2 C.P.O.) — hat: dass also die Zwangsvollstreckung nur als Entschädigung wirken soll; da aber gemäss § 1118 für Schadensersatzanspruch nicht gehaftet wird, so wird wohl aus diesem letzteren Grunde eine negative Reallast überhaupt nicht vollstreckbar, somit die Unterlassung gemäss § 1105 überhaupt nicht Gegenstand der Reallast sein können.

2. § 1107 lässt sämtliche Vorschriften über die Hypothekenzinsen analog Anwendung finden. Soweit dieselben sich auf das obligatorische Verhältnis zwischen Berechtigtem und Schuldner beziehen (insbesondere § 406—8), interessieren sie hier nicht: hervorgegriffen werden mag nur:

a) dass die Haftung des Grundstücks für rückständige Leistungen, welche die Reallast mit dem Eigentum an dem Grundstück verbindet, erlischt, dass also diese rückständigen Leistungen, falls nicht obligatorisch einzutreiben, im Fall der Konfusion für das Rechtsleben durchaus ausscheiden;

b) dass im übrigen alle Vorschriften hinsichtlich der Haftung des Grundstücks prinzipiell Anwendung finden, so auch 1134, 1135, — wenn es auch thatsächlich selten vorkommen wird, dass die Sicherheit des Rechts, welche ja dem Nutzungsrecht des Eigentümers vorgeht, durch den Zustand des Grundstücks ernstlich gefährdet würde.

III. Demnach ergeben sich auch aus dem Institut der Real-

last für die Frage der dinglichen Ansprüche keine anderen Gesichtspunkte als die oben unter §§ 14—16 S. 85—115 eruierten[1]); auch aus der Natur der Reallasten ergiebt sich sonach für die generelle Anwendung des Allgemeinen Teils des R. d. Sch. V. kein Hindernis.

Zweiter Abschnitt.

§ 19.

Die aus der Grundbucheinrichtung sich ergebenden Befugnisse und Ansprüche.

I.

Wie der Civilprozess einschliesslich der Zwangsvollstreckung zur Verwirklichung materiellrechtlicher Ansprüche dient, so das Grundbuchsystem der für das Rechtsleben notwendigen Erkennbarkeit und Sicherheit der materiell-rechtlichen Verhältnisse und Befugnisse an den Grundstücken und den ihnen in dieser Hinsicht gleichgestellten Rechten; wie das Prozessverfahren, so begründet auch das Grundbuchsystem besondere, nur durch seine positive Gestaltung erforderlich gewordene und mögliche Befugnisse, Lasten und Verbindlichkeiten. Während aber der Prozess die Erweisung und Durchsetzung des dem Recht entsprechenden Zustandes gegenüber einem bestreitenden oder sich entziehenden Gegner zum Zweck hat, will das Grundbuch — hiermit den Interessen sowohl der Berechtigten, als auch der ihnen jeweils gegenüber tretenden Personen, die übrigens nicht als feindlich gedacht werden müssen, dienend — lediglich die bestehenden Rechtsverhältnisse deklarativ ersichtlich machen. So ist es den Motiven und der auf sie gestützten allgemeinen Auffassung möglich, den dem materiellen Rechtszustand entsprechenden, richtigen Inhalt des Grundbuchs geradezu als eine Erstreckung des fraglichen Rechts selbst, unrichtigen Inhalt aber als eine Verletzung derselben aufzufassen; als Gegenstücke hiezu bieten einmal die Erstreckung des Eigentums über die Substanz des Grundstücks hinaus auf die — an sich der menschlichen Herrschaft nicht unterworfene — Luftsäule

1) Die ganze Frage hat für Württemberg nicht viel Bedeutung, weil neue bäuerliche Reallasten gemäss den in Kraft gebliebenen Ablösungsgesetzen nicht auferlegt werden können, Nieder, W.A.B.G.B. Hauptband S. 499 — siehe übrigens auch Mandry W.P.R. S. 209.

und Erdmasse, § 905 B.G.B.; und weiterhin die Auffassung der blossen Verletzungsmöglichkeit (Gefährdung § 908. 909, siehe oben S. 9, sowie S. 80. 81) als anspruchsbegründender Verletzung des Eigentums. Und während die auf dem Prozessverhältnis beruhenden Ansprüche, als mit den zu verwirklichenden Rechten nur in ganz weiter und indirekter Beziehung stehend, auch nicht als materiellrechtliche private, sondern als prozessuale aufgefasst werden, ist es so für die, sich auf den Inhalt des Grundbuchs beziehenden, Befugnisse und Ansprüche möglich geworden, sie als privatrechtliche, unmittelbar aus den fraglichen materiellen Rechten hervorgehende, zu behandeln; ebenso wird die dem wirklichen Rechtszustand nicht entsprechende Verfassung des Grundbuchs als Beschränkung des Rechts selbst aufgefasst.

Es muss aber immerhin entschieden betont werden, dass die aus der Grundbucheinrichtung sich ergebenden Ansprüche auf Handlungen, welche für das Grundbuchverfahren wesentlich sind, sich sehr weit von den die Sache unmittelbar berührenden Ansprüchen des übrigen Sachenrechts unterscheiden[1]).

II.

Die endgiltigen Eintragungen.

A.

Im § 903 B.G.B. erhält der Berechtigte die Befugnis, mit seiner Sache oder seinem Recht nach Belieben zu verfahren, soweit nicht Rechte anderer entgegenstehen.

1. Dies führt für das Grundbuchsystem zur Befugnis, selbständige Rechtsänderungen vornehmen zu lassen; er kann z. B. ohne weiteres als Eigentümer das Grundstück mit einer Eigentümergrundschuld oder Rentenschuld belasten lassen.

---

1) Gelegentlich sich ergebende Härten im Sprachgebrauch, wie z. B. die sprachlich, grammatisch, kaum angängige Subsumption des gegen den Konkursverwalter zustehenden Anspruchs auf Eintragungs- oder Berichtigungsbewilligung unter das Wort „Aussonderungsrecht", § 43 K.O., oder „Absonderungsrecht" (Dernburg S. 144), sind dabei nicht schwer zu nehmen — vergl. die sprachlich ebenso unangenehme Beziehung des Ausdrucks, „sich der rechtzeitigen Leistung entziehen" auf die Unterlassungsansprüche, siehe oben S. 81. Gerade hier ist übrigens einleuchtend, dass diese so gewaltsame Subsumption überhaupt nicht nötig ist: es wäre sprachlich einfacher und führt zum gleichen Resultat, wenn man den Anspruch gegen den Konkursverwalter mit analoger Anwendung des § 24: „Bewilligung, wenn schon auf Grund gesicherten, obligatorischen Anspruchs, so doch um so mehr auf Grund bestehenden Rechts, begründet.

Er kann auf Grund giltigen dinglichen Vertrags die Eintragung eines neu begründeten Rechts bewilligen, — und er kann ebenso, ohne dass er hierzu verpflichtet oder etwa ein rechtsbegründender dinglicher Vertrag vorausgegangen ist, die Eintragung eines — sonach trotz Eintragung nicht zu stande kommenden — dinglichen Rechts oder die Vornahme eines vom Gegner beantragten, sich formell als Grundbuchberichtigung darstellenden, materiell aber unrichtigen Berichtigungs-Eintrags bewilligen und beantragen:

Dann hat, sobald nur seine Legitimation zu der betreffenden Disposition nachgewiesen, das Grundbuchamt nur auf Grund dieses — nur als Disposition zu würdigenden — Willensaktes die entsprechende Eintragung ohne jede sachliche Prüfung vorzunehmen.

Ausnahme Art. 22 W.A. B.G.B.
G.B.O. § 98.
B.G.B. § 313.

Der Auffassung, dass es sich um Befugnisse des Berechtigten handelt, entspricht durchaus, dass § 895 B.G.B. von der Pflicht, sein dingliches Recht „eintragen zu lassen“ spricht, und dass sowohl § 897, ebenso auch die Württbg. V.O. über das Gerichtskostenwesen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 4. VII. 99. § 1 und 3, die Kostenpflicht immer, und ohne Rücksicht auf interne Verhältnisse der Parteien, dem Antragsteller auferlegt; ferner § 886, wo die Beseitigung der Vormerkung eines durch peremptorische Einrede gehemmten Anspruchs seitens des Gläubigers als eine nur diesem obliegende Handlung, entsprechend der Beseitigung einer Eigentumsbeeinträchtigung, § 1004, aufgefasst wird[1]).

2. Auch soweit es sich nicht um Neubegründung von Rechten, siehe oben 1, sondern um Berichtigung des Grundbuchs, — d. h. Herstellung des einer noch nicht ersichtlichen Berechtigung oder Befreiung des Antragstellers entsprechenden Inhalts des Grundbuchs handelt, kann der Berechtigte ohne Mitwirkung, Einwilligung des Gegners den erforderlichen Berichtigungsantrag stellen, wenn

---

1) Andererseits muss man auf diese formelle Freiheit der Verfügung — auch zu eigenen Ungunsten — theoretisch keinen zu grossen Wert legen; wer wird denn zu einer Eintragung irgend welcher Art einwilligen, durch welche er unrichtigerweise dauernd geschädigt wäre? Deswegen ist auch, s. unten, die Einwilligung dem vollen Beweis gleichgestellt.

er den von ihm behaupteten Rechtszustand, d. i. die Unrichtigkeit des Grundbuchs, nachweist.

G.B.O. 22: Zur Berichtigung des Grundbuchs bedarf es der Einwilligung desjenigen, dessen Recht von der Berichtigung betroffen wird, nicht, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird.

Dass für diesen Nachweis nur vollwertige Beweismittel zugelassen sind, — § 29. 36 G.B.O.:

Oeffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde,

Erbschein, Zeugnis des zuständigen Gerichts —,

beruht darauf, dass das Grundbuchamt nicht streitentscheidende Behörde ist. Will man insoweit von einer Verbindlichkeit des von der Berichtigung Betroffenen sprechen, so wird man dieselbe lediglich negativ dahin fassen müssen, dass er der Berichtigung, sobald ihre Berechtigung liquid ist, keinen Widerspruch entgegensetzen darf. Das Rechtsverhältnis entspricht insoweit durchaus dem des Eigentümers der der Zwangsvollstreckung unterliegenden Liegenschaft, — oben §§ 14. 15, insbesondere S. 91 ss. 97 —, der natürlichen Verbindlichkeit, die Rechtsausübung des Eigentümers nicht zu stören. Es liegt reines Gewährenlassen der vom Gegner auf eigene Kosten vorgenommenen Rechtsbethätigung vor.

B.

1. Mangels solcher schwerwiegenden Beweismittel hätte das Gesetz, wie im Fall des § 727, 731 C.P.O. — „Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel" den Weg wählen können, ein Feststellungsurteil dahin, „das fragliche Recht sei nachgewiesen", verbunden mit Weisung an das Grundbuch, den entsprechenden Eintrag vorzunehmen, zu gewähren. (Das negative Gegenstück hiezu bietet die Klage aus 771 C.P.O.); dies hätte dem bei dem vollbewiesenen Rechtszustand zu Grunde gelegten Prinzip, oben II. A) 2. entsprochen. Jedoch erfolgt eine solche Anweisung seitens des Gerichts, — übrigens in der Form des Ersuchens, C.P.O. 941 — nur für die, überhaupt nicht definitiv entscheidende, Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs, § 885. 899; sie führt auch nicht in dem Fall zu einer unbezweifelbar wahrheitsentsprechenden Eintragung, wenn über die Rechtsmässigkeit der einstweiligen Verfügung das Endurteil (§ 925, 2 C.P.O. erlassen worden ist: — deswegen nicht, weil die Rechtmässigkeit der einstweiligen Verfügung, wie des Arrestes schon bei bloss glaubhaft gemachten Thatsachen, sowie bedingten Ansprüchen

gegeben ist, siehe hierüber Gaupp zu § 805 (alt) C.P.O.[1]).

2. Zur Erbringung des vollen Beweises für eine Grundbuchberichtigung im Streitverfahren ist vielmehr nur der Weg gegeben, dass Klage dahin zu erheben ist, „der Gegner habe zur Berichtigung des Grundbuches zuzustimmen", § 894.

Siegt der Kläger, so ist die Wirkung des vorläufig vollstreckbaren Urteils die, dass die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs bewilligt gilt: nun hat der Berechtigte unter Vorlage des Urteils und der Rechtskraftbescheinigung seinen Antrag beim Grundbuch zu stellen.

Hiebei greift, insoweit der unterlegene Gegner zum Nachweis seiner Legitimation zu der Bewilligung noch der Ausstellung gewisser öffentlicher Urkunden bedarf, § 792 C.P.O. ein:

„Der Gläubiger kann die Erteilung an Stelle des Schuldners „verlangen" —;

soweit des Schuldners zuvorige Eintragung erforderlich ist, der analoge Fall § 14 G.B.O.:

„Die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Be„rechtigten darf auch von demjenigen beantragt werden, welcher „auf Grund eines gegen den Berechtigten vollstreckbaren „Titels eine Eintragung in das Grundbuch verlangen kann, „sofern die Zulässigkeit dieser Eintragung von der vorgängigen „Berichtigung des Grundbuchs abhängt".

3. Dieser Anspruch auf Zustimmung ist für unsere Studie von grossem Interesse.

a) Nämlich in den Fällen, wo behufs Erlangung des vollstreckbaren Titels auf Duldung oder Gestattung der Zwangsvollstreckung gegen den Eigentümer oder Verwaltungs- und Nutzungsberechtigten geklagt wird, hat der Duldungs- oder Gestattungspflichtige vor dem Urteil nicht die Möglichkeit, durch Nachgeben seinerseits den Prozess zu erledigen: Selbst wenn er anerkennt, muss ein Anerkennungs*urteil* deswegen erbeten werden, weil der Gläubiger behufs der Zwangsvollstreckung einen Titel *braucht*: man kann deswegen streng genommen überhaupt nicht sagen, der Endzweck des Prozesses sei die Feststellung der Verpflichtung, anzuerkennen, oder einzuwilligen; vielmehr bezeichnet der Ausdruck, „er hat einzuwilligen" eigentlich nichts weiter, als die Be-

1) Allerdings wird der Richter, bei der Wichtigkeit des Petitums, bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit besonders peinlich sein müssen.

ziehung des Urteils und der Rechtsbethätigung auf den ihnen widerstandslos Unterworfenen[1]).

b) In unserem Fall dagegen kann der Gegner seinerseits dadurch den Prozess, eventuell unter Kostenpflicht des Klägers, beendigen, dass er die Erklärung der Zustimmung abgiebt:

Dies geschieht jedoch nicht formlos, sondern nach § 29 G.B.O. entweder zu Protokoll des Grundbuchamts, — vor welches er sich demnach zu verfügen hat, — oder durch öffentlich beglaubigte Urkunde, wozu ebenfalls Zusammenkunft des Erklärenden mit der Urkundsperson erforderlich ist; sonach können, abgesehen von den Gebühren des Grundbuchamts, noch weitere Kosten entstehen.

Diese Kosten sind von der Bestimmung des § 897 B.G.B.

„die Kosten der Berichtigung und der dazu erforderlichen Er-
„klärungen hat derjenige zu tragen, welcher die Berichtigung
„verlangt, soferne nicht aus einem zwischen ihm und dem Ver-
„pflichteten bestehenden Rechtsverhältnis sich ein anderes er-
„giebt,

mit umfasst: Ebenso

Mot. S. 237 III, Kosten; Mugdan 131. „Aus der Thatsache „allein, dass das Grundbuch eine Unrichtigkeit enthält, folgt „nicht, dass derjenigen, welcher die der wirklichen Rechtslage „entsprechende Eintragung zu bewilligen hat, auch die durch „die Bewilligung und die Eintragung erwachsenden Kosten tra-„gen müsste. Diese fallen mithin dem Berechtigten zur Last, „soferne nicht das Rechtsverhältnis, welches zwischen ihm und „den Verpflichteten besteht, ein anderes ergiebt. Der Paragraph „spricht dies nach dem Vorgang von 270—396, der Deutlich-„keit wegen aus."

Es greift jedoch die Modifikation ein, dass derjenige, welchem obliegt, die Eintragungsbewilligung in öffentlich beglaubigter Form abzugeben, zunächst der Urkundsperson gegenüber zur Tragung der Gebühr derselben jedenfalls verpflichtet ist — nur um nachherigen Kostenersatz seitens des Berechtigten kann es sich handeln —, und es erweist sich sonach die Irrigkeit der auch schon

---

1) Die weitgehendste Anwendung des — „er hat einzuwilligen" in diesem Sinn macht Planck an einer Stelle des Lehrbuchs des Civilprozesses, welche von der Verpflichtung des Berufungsbeklagten spricht, „sich die Aenderung des erstinstanzlichen Urteils gefallen zu lassen"; hier zeigt sich besonders deutlich, dass nur dialektisch ein Ausdruck gesucht wird, welcher die Beziehung des Urteils zu den ihm Unterworfenen ausdrücken soll.

oben S. 93 Anm. 2; S. 109 beanstandeten Auffassung, „der dingliche Anspruch gehe nicht auf Handeln", gerade hier besonders deutlich, wo nicht bloss ein Handeln überhaupt, sondern sogar ein solches in ganz bestimmten strengen Rechtsformen erfordert wird.

Gerade hier zeigt sich auch der tiefgreifende Unterschied zwischen den verschiedenen Ansprüchen auf Gestatten oder Einwilligung: In vielen Fällen lediglich das Unterlassen des Widerstands gegen eine irgendwelche Rechtsbethätigung, hier die Pflicht zur Abgabe einer formellen, als rechtliche Disposition, Rechtshandlung, sehr erheblich ins Gewicht fallenden, Erklärung. Im übrigen besteht zwischen dem Verfahren betreffend einstw. Verf. und der Klage im ordentlichen Prozess auf Zustimmung, noch der, mehr aus doktrinären, als aus praktischen Gründen zu erklärende Unterschied, dass auf Grund der einstweiligen Verfügung das Gericht selbst das Grundbuchamt um eine Eintragung ersuchen kann, während auf Grund des ergangenen Urteils der Antrag auf den als bewilligt anzusehenden Eintrag rein als Sache des Siegers behandelt und ihm gänzlich, ohne Eingriffsmöglichkeit für das Gericht, überlassen ist.

c) Hinsichtlich der Kosten wird durch die Bestimmung des § 897 B.G.B. dies festgestellt, dass Schuldner für die hauptsächlichsten und regelmässigen Gebühren der Eintragung und der Eintragungsbewilligung nicht der Bewilligende, sondern der beantragende Berichtigungsberechtigte ist.

Es kann nur als ein sehr zweckmässiges Ziehen der Konsequenz bezeichnet werden, wenn die K.W.V.O. vom 11. XI. 99 im § 33 für die Aufnahme der Bewilligungserklärung gar keine besondere Gebühr ansetzt, dieselbe vielmehr in der dem Berichtigungsberechtigten zufallenden Eintragungsgebühr aufgehen lässt, und selbst für den Fall, dass der Bewilligende die Kosten durch ausdrückliche Erklärung übernehmen würde, in § 3 nur dessen Mit-, nicht seine Alleinhaftung festsetzt.

4. Hier haben wir also einen Anspruch auf Handeln in formellem Rechtsakt in der Hauptsache auf Kosten des Berechtigten, während der Herausgabe- und Beseitigungsanspruch ein bloss thatsächliches Handeln auf Kosten des Verpflichteten, und das Mobiliar- und Immobiliarpfandrecht das blosse Dulden einer Rechtsbethätigung zunächst auf Kosten des Berechtigten verlangt. cfr. S. 52. 54; 77. I. 1; 97 ss; S. 139.

Vergleiche diesen sachenrechtlichen Ansprüchen gegenüber die

hinsichtlich der Kostenverteilung ähnlichen Ansprüche des § 1023 und § 811.

C.

Der Anspruch des § 895: „Kann die Berichtigung des Grund-„buchs erfolgen, nachdem das Recht des nach 894 Verpflich-„teten eingetragen ist, so hat dieser auf Verlangen sein Recht „eintragen zu lassen."

1. Dieser Anspruch erscheint, wie schon äusserlich seiner Stellung nach, so auch innerlich nach seiner ratio als ein Anhängsel oder eine Erweiterung des § 894; er ist, wie der des 894, gegeben auf Grund eines durch den Zustand des Grundbuchs beeinträchtigten Rechts, mit dem Zweck, die Uebereinstimmung des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage mit zu ermöglichen: notwendig ist die ausdrückliche Festsetzung derselben deswegen, weil nach G.B.O. 40. 21 der von der Aenderung betroffene Zustimmende oder Beantragende im Grundbuch als Berechtigter eingetragen sein muss. Wie nun § 894 die Beseitigung einer Beschränkung (s. o. S. 131. 135. 137 sf.) verlangt, so verlangt § 895 die Ermöglichung dieser Beseitigung. Man kann das Verhältnis auch mit Planck zu § 895 so ausdrücken; er hat nicht bloss zuzustimmen (894), sondern wirksam zuzustimmen, (895).

2. a. Dem Wortlaut des Gesetzes nach muss die Klage aus diesem Anspruch lauten: „Er habe die Eintragung seines Rechts zu beantragen" (ebenso Klumpp, Grundbuch-Recht S. 101). Demnach ergiebt sich die Vollstreckung wohl nicht, wie Biermann annimmt, nach § 888, sondern einfacher nach 894 C.P.O., — woraus sich im Gegensatz zu 897 B.G.B. die Kostenpflicht des Eintragungspflichtigen ergiebt.

b) Daneben stellt sich Grundbuchordnung § 14: „Kann eine Eintragung ins Grundbuch

— Eintragung bedeutet nicht bloss Rechtseintragung, sondern auch Eintragung eines Löschungsvermerks, § 47 G.B.O., einer Vormerkung, eines Widerspruchs, also sowohl rechtsändernden Eintrag, wie Grundbuch-Berichtigung i. e. S. —

nicht ohne vorgängige, das Grundbuch berichtigende Eintragung eines seither noch nicht eingetragenen Berechtigten erfolgen, so ist der Eintragungs-Gläubiger, wenn er gegen den Berechtigten einen vollstreckbaren Titel auf die Eintragung hat, zum Antrag auf die Grundbuchberichtigung an Stelle des Berechtigten legitimiert."

Ob in diesem Fall die Kosten dem beantragenden Gläubiger, oder dem Berechtigten selbst (wie nach 2 a) zur Last fallen, ist schwierig zu entscheiden; für Württemberg wird es auf Grund der württ. G.K.Vo. richtig sein, anzunehmen, dass nicht der eigentlich Berechtigte, sondern der thatsächlich Beantragende kostenpflichtig sei; der Anspruch des Beantragenden gegen den Berechtigten auf Ersatz der Kosten wird sich entweder aus dem zu Grund liegenden Rechtsverhältnis, oder aus § 812 B.G.B. (Ersparnis), oder aus einer Analogie des § 887 Abs. 1 C.P.O. — wie der Paragraph denn auch bei den Zwangsvollstreckungsbestimmungen der C.P.O. stehen könnte — konstruieren lassen.

c) Die Vergleichung des § 895 mit G.B.O. 14 ergiebt übrigens, dass letztere Bestimmung bedeutend weiter geht: § 895 steht nur dem zur Seite, der eine Eintragung, die eine Grundbuchberichtigung ist, verlangen kann (die Eintragung des Berechtigten selbst ist allerdings in beiden Fällen eine Grundbuchberichtigung); § 14 giebt die Befugnis des selbständigen Antrags jedem, der eine Eintragung (auch eine solche, die eine Rechtsänderung bewirkt) verlangen kann.

Beispiel: Hat Eigentümer ein mit 2 Hypotheken belastetes Haus gekauft, für deren Ablösung er von seinem Verkäufer Ersatz verlangen kann, und sich dem Gläubiger A. gegenüber verpflichtet, im Fall der Vereinigung der ersten Hypothek mit dem Eigentum, diese löschen zu lassen (§ 1179), so hat A., wenn die erste Hypothek durch Zahlung auf den Eigentümer übergegangen ist (1143, 1153), den Anspruch des § 895 gegen den Eigentümer nur hinsichtlich der Hypothek in Höhe rückständiger Zinsen (1178, erlischt ipso jure) die Befugnis des Antrags aus § 14 G.B.O. aber auch hinsichtlich der — eine Rechtsänderung enthaltenden — Löschung der Hypothek für die Hauptforderung.

3. Der Anspruch aus 895 ist als Ausfluss des zur Anerkennung zu bringenden bereits bestehenden dinglichen Rechts aufzufassen; er führt im Gegensatz zu B. S. 137 u. wieder zu einer Erklärung auf Kosten des Erklärungspflichtigen.

III.

Vormerkungen und Widersprüche.

Eine eingehende Würdigung derselben, wie auch der definitiven Eintragungen, insbesondere hinsichtlich ihrer Wirkung für den

Rechtsverkehr auf Grund des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, liegt ausserhalb der gestellten Aufgabe.

Theoretisch mag bemerkt werden, dass sich ein Anspruch auf Zustimmung zum Eintrag eines Widerspruches gemäss 894, 899 als ein Minus gegenüber dem Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung aus § 894 ergiebt; analog der Beseitigungsanspruch § 886, s. u. B. S. 146. Er wird jedoch nicht praktisch benützt werden, da 899 Abs. 2 schneller zum Ziel führt.

Eingehend zu erörtern ist dagegen die Vormerkung.

A. Ihre Wirkung.

1. Gemäss § 883 kann:

Zur Sicherung eines — auch künftigen oder bedingten — Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts am Grundstück, oder an einem das Recht belastenden Recht oder auf Aenderung des Inhalts oder des Rangs eines solchen Rechts eine Vormerkung ins Grundbuch eingetragen werden, mit folgender Wirkung: „Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung, oder durch den Konkursverwalter erfolgt.

Der Rang des Rechts, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung.

Die Eintragung der Vormerkung erfolgt gemäss § 885: auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund der Bewilligung desjenigen, dessen Grundstück oder dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird. Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nicht erforderlich, dass eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs glaubhaft gemacht wird.

§ 888: Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechts oder eines Rechts an einem solchen Recht gegenüber denjenigen, zu dessen Gunsten die Vormerkung besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches erforderlich ist.

Das Gleiche gilt, wenn der Anspruch durch ein Veräusserungsgebot gesichert ist.

§ 892: Zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn . . .

2) Inwieweit die Vormerkung am öffentlichen Glauben des Grundbuchs gemäss § 892 Satz 1 teilnimmt, ist bestritten.

siehe Cosack § 883 Note 26
Matthias § 11, Note 2
Biermann § 886 Ziff. 2.

Für uns kommt nur die, etwas abweichende, Frage in Betracht: Was wirkt § 892 Satz 1 B.G.B. hinsichtlich des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs?

Hier muss einleuchtend sein und wird auch nicht bestritten:

Dass auch der vorgemerkte Anspruch auf Rechtsübertragung nicht als ein Recht am Grundstück oder an einem Recht am Grundstück zu behandeln ist; und dass derjenige, zu dessen Gunsten die Vormerkung eingetragen ist, gerade nicht der — dem vorgemerkten Anspruch ausgesetzt bleibende — „Erwerber" des Grundstücks ist. Somit fällt die Vormerkung bei strikter Auslegung des § 892 Satz 1 nicht unter den öffentlichen Glauben des Grundbuchs; ebensowenig selbstverständlich auch der vorgemerkte Anspruch. Wäre übrigens der öffentliche Glaube auf die Vormerkung ausgedehnt,, so würde sich derselbe ganz entgegen dem Prinzip, die Eintragungen ins Grundbuch durch möglichst vorsichtiges Verfahren der materiellen Wahrheit möglichst nahe zu bringen, hier auf einen lediglich im Weg der Glaubhaftmachung, siehe S. 134 unten, zu Stande gekommenen Eintrag erstrecken.

3) Dagegen ist die Wirkung der Vormerkung, unter ausdrücklicher Ablehnung des Ausdrucks „Recht aus der Vormerkung", K.P. 7957. Mugdan 572, genügend positiv geregelt:

a) Die Wirkung fürs Verhältnis zwischen geschütztem Gläubiger und Eigentümer (Vormerkungsschuldner)

α) Ein dem vorgemerkten Anspruch zuwiderlaufender, vereitelnder oder beeinträchtigender, Verfügungsakt und Rechtserwerb an der Sache ist insoweit unwirksam."

d. h. nicht etwa: der dem gesicherten Anspruch zuwiderlaufende Rechtserwerb besteht dem Geschützten gegenüber solange, bis dieser anficht, sondern: Eine Verfügung des Vormerkungsschuldners, welche den Anspruch vereiteln würde, ist

entweder, nämlich wenn der Anspruch bereits existent

geworden, von vornherein, und zwar allen, nicht bloss dem geschützten Gläubiger gegenüber, unwirksam[1]),
oder aber, wenn er erst später existent wird, wirksam[2]), wird aber hernach mit der Existenz des Anspruchs unwirksam; und zwar ex nunc, — da eine gesetzliche Rückwirkung der Existenz der Bedingung gemäss § 158. 159 B.G.B. nicht vorgesehen ist. Hiemit hat dann die Rückdatierung des vorgemerkten Rechts selbst nichts zu thun. Für das nun mit dem wirklichen Rechtszustand nicht mehr übereinstimmende Grundbuch ergiebt sich die Notwendigkeit einer Berichtigung.

β) Aus dieser Gestaltung ergiebt sich — abgesehen von der möglichen Cession oder der im Weg der Vollstreckung erfolgenden gerichtlichen Ueberweisung der Vindicatio an den Vormerkungsgläubiger —:

1. Für das Grundbuchamt:
   Dass es, solang die Existenz des Anspruchs nicht nachgewiesen, entgegenstehende Eintragungen auf die Gefahr der Parteien hin vorzunehmen hat,
   dass es dagegen, wenn die Existenz des Anspruchs nachgewiesen, den Antrag auf eine vereitelnde Eintragung als unwirksam zu behandeln und zurückzuweisen hat[3]).
2. Für das Verhältnis vom Gläubiger zum Eigentümer: Dass der Gläubiger nach Existenz seines Anspruchs vom Eigentümer die Erfüllung geradeso verlangen kann, als seien die den Anspruch vereitelnden oder beeinträchtigenden Handlungen gar nicht vorgekommen: Er verlangt, von ihm als Eigentümer oder Berechtigter aufgelassen und eingetragen zu werden.

---

1) opp.: K.O. § 7. 29 „den Konkursgläubigern gegenüber".

2) Es ist zwar möglich, die Worte „vereiteln würde" dahin auszulegen, dass Unwirksamkeit auch schon dann eintritt, wenn der noch bedingte oder künftige Anspruch vereitelt würde, also die Verfügung gegen denselben nur in abstracto geht; dies erscheint aber unpraktisch und auch nicht notwendig, da der Irrealis „würde" seine Erklärung schon in einem zu supplierenden Kondizionalsatz „wenn sie wirksam wäre" finden kann, und andererseits der bedingte oder künftige Anspruch nach der Auffassung des B.G.B. § 158. 159 eben noch kein Anspruch, also auch nicht Gegenstand der Beeinträchtigung oder Vereitelung ist.

3) Diese Konsequenz hat Verfasser in der Litteratur nicht ausgesprochen gefunden. Sie ist aber unumgänglich und zeigt sich sehr praktisch. Bei vorgemerktem Löschungsanspruch nach 1179 muss das Grundbuch den Antrag auf Eintragung der Cession der Eigentümerhypothek zurückweisen.

γ) Wie nun der alte Eigentümer, Vormerkungsschuldner die Neuauflassung zu bewerkstelligen hat, ist nicht ganz deutlich ausgesprochen; weder im Gesetz — die K.P. 4786 Mugdan S. 570 erkennen die Schwierigkeit an, — noch auch in den meisten Commentaren (z. B. Biermann, Planck, Meissner).

1. Ist der neue Erwerber gutwillig, so wird der Vormerkungsschuldner von ihm die Zustimmung zur Eintragung des geschützten Gläubigers zu erwirken haben: § 19. 40 G.B.O.; zum Antrag auf Eintrag wird der Vormerkungsschuldner als Interessent nach § 13 Abs. 2 G.B.O. legitimiert sein; der Eintrag dient zu seiner Befreiung von einer Verpflichtung, somit immerhin zu seinen Gunsten. Ein ausdrücklicher Vermerk über die eingetretene Unwirksamkeit wird gewöhnlich unterbleiben können; denn einerseits soll das Grundbuch nicht eine Geschichte der Rechtsverhältnisse des Grundstücks, sondern nur seine jeweiligen Rechtsverhältnisse beurkunden (— Beweis § 891 Abs. 2: „nicht", nicht „nicht mehr" —); andererseits kann die instruktionelle Bestimmung des § 40 G.B.O. deswegen als voll erfüllt gelten, weil ja der bewilligende Zwischenerwerber gerade noch formell eingetragen ist (siehe auch sofort unten 2 β); und wo, wie in Württemberg, bei der Auflassung der zu Grund liegende Vertrag (§ 313 B.G.B.) und — in gewisser Hinsicht[1]) — die Legitimation zu demselben geprüft werden muss, kann, — insoweit in Abweichung von § 891 Abs. 2, — die Legitimation aus der Unwirksamkeit der Neueintragung und der Thatsache, dass der Auflassende thatsächlich zuvor als Berechtigter eingetragen war, unbedenklich geschlossen werden.
2. Weigert er sich, so muss der alte Eigentümer, Vormerkungsschuldner, um vom Grundbuch als legitimiert behandelt werden zu können, den Beweis der nunmehrigen Unwirksamkeit seiner Verfügung, seines wieder aufgelebten Rechtes und seiner nunmehrigen Verfügungsfähigkeit erbringen:

αα) entweder durch Vorlage öffentlicher, voll beweisender Urkunden — dann ist Einwilligung des neuen Erwerbers nicht nötig, § 22. G.B.O. —

ββ) oder durch Beweisführung im Prozess:

ββ 1) Streng genommen muss der Antrag lauten: Zwischen-Erwerber habe zur Grundbuchberichtigung (§ 894), d. i. Löschung

1) NB. übrigens die Zulässigkeit des Kaufvertrags über fremde Sache.

und Rückeintragung des ursprünglichen Zustands, einzuwilligen"; darauf kann der Eigentümer-Schuldner seine Verfügungen nun gemäss § 19. 40 B.G.B. treffen, ohne noch weiterer Einwilligung zu bedürfen.

ββ 2) Möglich ist aber auch wohl die Abkürzung, ihn direkt auf Einwilligung zum Eintrag der vorgemerkten Rechtsänderung zu verklagen. Dies ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen; doch enthält schon die Einwilligung zur Grundbuchberichtigung das selbstverständliche Zugeständnis, dass der Erwerber, nach Unwirksamkeit seines Erwerbs, kein Recht hat, den Eigentümer in der Verfügung zu hindern; die Abkürzung verschlechtert also durchaus nicht die Lage des Erwerbers, und sie ist praktischer: deswegen wird es im Sinne des Gesetzes sein, sie zuzulassen. Hiefür spricht auch die naheliegende Analogie mit § 888, s. u.

b) Die Wirkung fürs Verhältnis zwischen geschütztem Gläubiger und neuem Erwerber.

α) Praktischer Weise ist in § 888 ein direkter Anspruch des geschützten Gläubigers auf „Zustimmung zur Eintragung" aufgestellt, — wonach also der Gläubiger vom Vormerkungsschuldner den Antrag auf Eintragung seines vorgemerkten Rechts, von dem Zwischenerwerber nur die Zustimmung — zu der, demnach nicht vom Erwerber, sondern vom Gläubiger oder Schuldner zu beantragenden, Eintragung — verlangen kann. Uebrigens kann selbstverständlich der geschützte Gläubiger, wenn er den Anspruch auf Zustimmung nicht selbst geltend machen will, denselben auch dem Vormerkungsschuldner cedieren, wodurch sich dasselbe Resultat, wie oben ββ 2 „Möglich ist aber auch . . . . u. s. w." ergiebt.

β) § 888 spricht demnach unzweifelhaft die Auffassung des B.G.B. aus, dass der Erwerber, obwohl Unwirksamkeit seines Rechts bereits nachweislich und nachgewiesen, trotzdem noch die Zustimmung zur Neueintragung befugter Weise und wirksam abgeben kann.

Nahegelegt ist der weitere Schluss, dass vorgängige Grundbuchberichtigung, da Zustimmung zu ihr dem Erwerber nicht ausdrücklich auferlegt, als überflüssig erachtet sei; immerhin aber ist es durch § 888 nicht ganz ausgeschlossen, dass daneben auch noch der Vormerkungsschuldner den Anspruch auf Grundbuchberichtigung hat und durchsetzen muss. Der Anspruch auf Zustimmung zu der vorbedingenden Grundbuchberichtigung würde übri-

gens wohl auch dem Vormerkungsgläubiger zustehen, nach Analogie aus § 14 G.B.O. und § 888 B.G.B.

γ) Ob jedoch dem geschützten Gläubiger gerade ein direkter Anspruch an den Erwerber auf Einräumung des gesicherten Rechts zustehe, muss verneint werden. Ein solcher Anspruch ergiebt sich nicht aus dem das Recht der Vormerkung regelnden § 883 Abs. 2, — und andererseits ergiebt sich aus § 888: „Kann (nur) die Zustimmung verlangen", bestimmt das schon oben S. 144 unter α. gezogene Arg. e contr. Ein direkter Anspruch des Gläubigers gegen den Erwerber ist auch von den K.P. 4785, Mugdan S. 570 ausdrücklich abgelehnt[1]).

4) Der Anspruch oben 3 a γ 2 ββ 1 oben S. 143 unten, ist der schon oben II. B. 2 S. 135 erörterte des § 894; der Anspruch daselbst ββ 2 (S. 144 ss.) kann wohl als eine im wesentlichen gleiche Ausgestaltung desselben bezeichnet werden; auf beide finden also die Ausführungen oben II. B. S. 135 ss. insbesondere 3 und 4 Anwendung.

Dem Anspruch des § 888 oben S. 144 b α ist eigentümlich, dass er nicht auf Grund dinglichen Rechts gegeben ist — wenn auch das gesetzgeberische Motiv für ihn allerdings das war, den Berichtigungsanspruch zu erweitern:

K.P. 4786. Mugdan S. 570. Demnach soll der Anspruch die gleichen Eigentümlichkeiten, insbesondere hinsichtlich der Kosten, haben wie der Anspruch des § 894; er kann aber, da ja der Vormerkungsgläubiger nicht dinglich berechtigt, nicht als dinglicher Anspruch im Sinn unserer Aufgabe gelten, sondern muss als ein,

---

[1]) 1. Wäre allerdings der Erwerber von sich aus bereit, den geschützten Gläubiger aufzulassen oder ihm gegenüber eine Rechtsübertragung vorzunehmen, so würde die Thatsache, dass er dem Gläubiger gegenüber nicht berechtigt ist, vielleicht nicht im Weg stehen; denn es könnte in dem Einverständnis des Gläubigers hiezu die unter der Bedingung und zu dem Zweck der alsbaldigen Eintragung gegebenen Genehmigung (Hölder § 135 Ziff. 2, Planck § 135 Ziff. 3) seines Rechtserwerbs gefunden werden.

Soviel zu der Differenz zwischen Biermann § 888 Z. 2 a und Planck § 888 Ziff. 2 a; der hier vorgetragenen Ansicht ist offenbar auch Endemann § 65 Ziff. 4 b, ebenso Matthias § 11 S. 40.

2. Zu der Kontroverse zwischen Planck, § 888 I — wonach die Vormerkung den geschützten Anspruch aus dem Bereich des § 17 K.O. ausnimmt und ihn lediglich unter den § 24 stellt (ebenso Sarwey-Bossert S. 97 „Sondervorschrift") — und Biermann, zu § 886 Z. 2, der dies bestreitet, — soll nur kurz auf die Möglichkeit, die Vormerkung anzufechten, hingewiesen werden (Sicherung, § 883 B.G.B., § 30 K.O., Bossert zu K.O. § 30 Z. 3. 1. Abs. 2).

zwar im Grundbuchsystem begründeter, immerhin aber gewöhnlicher, obligatorischer, bezeichnet werden.

Da er sich dem Grundbuchsystem einfügt, so müssen für ihn auch die Kosten-Vorschriften des Grundbuchsystems Anwendung finden; also Pflicht des Vormerkungsgläubigers zur Tragung der Eintragungskosten, gerichtliche Gebührenfreiheit der Zustimmungserklärung (siehe oben II B. 3 b sf. S. 136. 137 ss.); — wobei hier noch die Modifikation hinzukommt, dass der Zwischenerwerber die ihm etwa erwachsenen Privatkosten nicht wohl vom Vormerkungsgläubiger, wohl aber häufig, infolge der (vertretbaren) Unwirksamkeit der Rechtsübertragung vom Vormerkungsschuldner wird ersetzt verlangen können.

Sowohl bei 3 a S. 141 als 3 b S. 144 wiederum eine höchst eigentümliche Vermischung von Gesichtspunkten, welche nicht darauf hinweist, dass dem Unterschied zwischen dinglicher und obligatorischer Provenienz der Ansprüche ein irgendwie erheblicher prinzipieller Wert beigelegt wäre.

B. Ihre Beseitigung, § 886.

1. Aus dem unter A. Ziff. 2 S. 141 Erörterten ergiebt sich, dass die Vormerkung, wenn der Anspruch etwa wegen Defizienz seiner Suspensivbedingung nicht eintreten wird, oder wenn er erloschen ist, oder wenn er durch entgegenstehende Einreden, z. B. Verjährungseinrede (der vorgemerkte Anspruch verjährt, Arg. e contr. aus § 902, so mit Recht z. B. Biermann zu 902) gehemmt ist, schlechterdings keine rechtliche Wirkung hat.

Trotzdem behindert selbstverständlich das Bestehen des Eintrags — zu dem ja die Thatsache, dass der Anspruch gehemmt oder erloschen, nicht beigesetzt werden kann — den Verkehrswert des Grundstücks, und die Bethätigung des Eigentums, insbesondere der Veräusserungsmöglichkeit für den Eigentümer.

Deswegen erscheint es zwar nicht grammatisch (siehe übrigens oben S. 131. 132 Anm.), wohl aber materiell einwandfrei, wenn § 886 die des wirksamen Anspruchs entbehrende Vormerkung als Eigentums- oder Rechts-Beeinträchtigung behandelt —

> Mot. S. 236 Ziff. 2 Satz 3, Mugdan S. 130 kann auch für die von der Kommission beschlossene, über die Absicht des Entwurfs weit hinausgehende Ausgestaltung der Vormerkung citiert werden —,

und daher dem Eigentümer oder Berechtigten einen Anspruch auf Beseitigung derselben (also wohl mit bewusster Anlehnung an § 1004 und dessen Begründung in der Beeinträchtigung des Eigentums) gewährt.

2. Eine Aeusserung darüber, auf welche Weise die Beseitigung zu erfolgen hat, fehlt; auch die K.P. 8530, Mugdan 572 (die Motive kennen diese Vormerkung noch gar nicht) schweigen.

a) Jedenfalls für den Fall des durch peremptorische Einrede geschwächten Anspruchs muss gemäss § 886 angenommen werden, dass der Vormerkungsgläubiger dem Eigentümer gegenüber dazu verpflichtet ist, seinerseits die zur Befreiung des Grundstücks von der Vormerkung nötigen Schritte zu thun:

α) Er hat also seinerseits die Löschung der Vormerkung zu beantragen, und ist daher als Antragsteller auch gebührenpflichtig; dies entspricht einer zulässigen ausdehnenden Auslegung des § 897, den Prinzipien des Grundbuchverfahrens (Württb. G.K. VO. § 1), und auch der von den K.P. bewusst angedeuteten Analogie mit 1004.

β) In der Verpflichtung auf selbständigen Antrag ist übrigens selbstverständlich als das Minus auch die Verpflichtung enthalten, dem auf Löschung der Vormerkung gerichteten Antrag des Eigentümers zuzustimmen, — worauf sich die Kosten, wie oben II B. Ziff. 3 b s.f. S. 136. 137 besprochen, verteilen werden.

b) Hinsichtlich des nicht existent gewordenen und des bereits erloschenen Anspruchs schweigt das Gesetz; soll auch in diesem Fall in analoger Anwendung des § 886 die Beseitigung — oder vielmehr nur Einwilligung zur Löschung — der Vormerkung auferlegt werden?

α) Der analogen Anwendung würde es im Weg stehen, wenn der Fall der peremptorischen Einrede vom B.G.B. als ein ganz besonders eigentümlicher angesehen würde; das ist aber nicht der Fall. Bei peremptorischer Einrede gegen den gesicherten Anspruch hat der Gläubiger

nach § 1169 auf die Hypothek zu verzichten,
nach § 1254 das Pfand zurückzugeben.

Hiedurch entsteht im Fall des § 1169 gemäss 1168 Hypothek des Eigentümers (§ 1169 bewirkt also nichts anderes, als dass nun die Hypothek in die freie Verfügung des Eigentümers kommen soll) —, der sie auch löschen lassen kann. Man wird

nicht fehlgehen, wenn man gelegentlich, auf Antrag des Eigentümers, dem Gläubiger auch die Pflicht auflegt, unmittelbar die Löschung der Hypothek zu bewilligen: denn ihm entstehen dadurch keine Kosten, während er bei Verzichtserklärung, und ebenso wenn er seinerseits den Antrag auf Löschung der Hypothek stellt, immerhin zunächst selbst kostenpflichtig ist (nach der Württ. und Preuss. Ger.K.O. sind die Kosten für die Löschung und den Verzicht gleich, 5/10). Die Festsetzung seiner Verzichtspflicht ist demnach nur deswegen gegeben, weil, in Rücksicht auf die vom B.G.B. geschaffene Einrichtung der Eigentümerhypothek, dem Eigentümer völlig freie Entscheidung darüber, ob nicht er selbst die Hypothek weiter verwerten will, in die Hand gegeben werden sollte.

Bei § 1254 wird durch die einfache Rückgabe des Pfands sowohl Erlöschen des Pfandrechts (§ 1253) als auch Richtigstellung des Besitzstands (auf die Fälle der Verpfändung durch den Nichteigentümer braucht hier nicht eingegangen zu werden) bewirkt.

β) In beiden Fällen wird also lediglich die praktischste Form für die Herstellung voller Verfügungsmöglichkeit des Eigentümers angestrebt, und die einzelnen Verpflichtungen des Gläubigers sind nur nach diesem praktischen, nicht etwa nach einem doctrinären, dogmatisierenden Gesichtspunkt ausgedacht. Deswegen besteht insoweit kein Hindernis für die analoge Anwendung des § 886 auch für die Defizienz und für das Erlöschen des vorgemerkten Anspruchs.

Da sich demnach, wie oben bei 2 a) β, auch für diese beiden Fälle die Verpflichtung zur blossen Löschungsbewilligung als das Minus neben der Pflicht zum Antrag auf Löschung ergiebt, so ist eine theoretische Betrachtung darüber, ob sich die Beseitigung der gegenstandslos gewordenen Vormerkung unter den Begriff „Berichtigung des Inhalts“ des Grundbuchs bringen lässt, überflüssig.

3. Demgemäss ist in allen 3 Fällen der Vormerkungsgläubiger verpflichtet, die Löschung der Vormerkung beim Grundbuchamt zu beantragen (§ 47. 40. 19. 13 G.B.O.):

Gemäss § 895 C.P.O. gilt, solange das Urteil nur vorläufig vollstreckbar, dem Eigentümer die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Vormerkung als bewilligt.

Gemäss § 894 C.P.O. gilt bei Rechtskraft des Urteils der An-

trag auf Löschung der Vormerkung als vom Verpflichteten formell gestellt.

4. Hiebei scheint noch folgender Hinweis geboten:

Da dem vorgemerkten Gläubiger ja nicht nur der Antrag oder die Zustimmung zur Löschung, sondern die Beseitigung der Vormerkung, d. i. thatsächliche Bewirkung der Löschung auferlegt ist, so ist seine Pflicht mit dem blossen Antrag beim Grundbuchamt noch nicht völlig erfüllt; inwieweit sich bei einer etwaigen Verzögerung der Löschung und hiedurch bewirkter geringerer Verwertbarkeit des Grundstücks Ersatzpflichten des Beseitigungsverpflichteten ergeben könnten, kann hier nicht erörtert werden — der Klageintrag wird zweckmässig so lauten: „er habe die Löschung der Vormerkung zu beantragen und ihre Beseitigung zu bewirken".

5. Warum die Ansprüche aus § 1169 und 1254 nicht wohl als dingliche bezeichnet werden können, ist oben S. 14 und 15, Z. 33 und 34 ausgeführt; für die aus § 886 durch analoge Anwendung gewonnenen Ansprüche, oben Z. 2 b) wird bei der deutlich ausgesprochenen Ansicht der K.P. der dingliche Charakter (Befreiung des Eigentums von Beschränkung) nicht wohl zu bezweifeln sein, und auch für den Normalfall der peremptorischen Einrede, Z. 2 a) wird sich der Konstruktion, „nachdem der beschränkende Anspruch dauernd gehemmt, erwirkt sich das Eigentum wieder seine volle Freiheit; daher ist der Anspruch auf Beseitigung der Vormerkung ein rein dinglicher", nichts Stichhaltiges entgegenstellen lassen.

Wir haben also hier wieder dingliche Ansprüche, die vom gleichen gesetzgeberischen Motiv aus, wie die obligatorischen Verpflichtungen der §§ 1169. 1254, Verpflichtungen auf formelle Rechtshandlung auf Kosten des Verpflichteten, und — — als Minus, — die Pflicht formeller Zustimmungserklärung zu Handlungen des Berechtigten auf dessen Kosten aufstellen, — vergl. oben II B. 4 S. 137. Dass hier auf Grund Eines Thatbestands und im Verhältnis von Plus und Minus zu einander sowohl die kostenpflichtige, selbständige Erklärung, als auch die nahezu kostenlose Zustimmungserklärung zu des Andern kostenpflichtiger Erklärung auferlegt ist, ist in der Sachlage begründet: auch § 1004 enthält als minus gegenüber der Beseitigung der Beeinträchtigung die Pflicht, die Beseitigung zu dulden[1]). Immerhin warnt diese

1) Mindestens auf Grund von 887 C.P.O.

Beobachtung davor, doctrinäre Bedenken zu stark zu betonen.

IV.

Was ist der Anspruch des § 901?

Text: Ist ein Recht an einem fremden Grundstück im Grundbuch mit Unrecht gelöscht, so erlischt es, wenn der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer verjährt ist . . . das gleiche gilt. . . .

Aus der Stellung dieses Paragraphen am Schluss des Abschnitts über die Grundbucheinrichtung möchte man den Schluss ziehen, dass der Anspruch, mit dessen Verjährung auch das fälschlich gelöschte Recht erlischt, gerade der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs sei; dem steht jedoch entgegen, dass für den Anspruch auf Grundbuchberichtigung jede Verjährung durch § 898 ausgeschlossen ist. Demnach lässt sich die Stelle nur auf den materiell-rechtlichen, gegen den Störer auf Herstellung des dem Recht entsprechenden Zustands gerichteten Anspruch beziehen:

Oben § 11 S. 35 ff. wurde für die Vindicatio festgestellt, dass das B.G.B. von der Konstruktion lauter einzelner, fortgesetzt neu entstehender, Restitutionsansprüche Abstand nehme, und dagegen einen von Anfang an verjährenden Restitutionsanspruch aufstellt. Diese Gestaltung wurde, bei der analogen Natur der anderen dinglichen Rechte, auch für die aus diesen sich ergebenden beschränkten Ansprüche vermutet; hier findet sich, ganz gelegentlich, die Verjährbarkeit auch dieser Ansprüche aus dinglichem Recht unbezweifelbar ausgesprochen.

Etwas weiteres jedoch, insbesondere über die aus der Grundbucheinrichtung sich ergebenden Ansprüche, ist aus § 901 nicht abzuleiten.

V.

Die rechtlichen Verhältnisse des Hypothekenbriefs.

Auch auf den Hypothekenbrief ist hier, wenn auch nur kurz, einzugehen.

1. a) Der für denselben wichtigste Paragraph befindet sich nicht im Hypothekenrecht, sondern im III. Teil des Sachenrechts, Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglicher Sache:

„§ 952. Das Eigentum an dem für eine Forderung ausge-
„stellten Schuldschein steht dem Gläubiger zu. Das Recht

„eines Dritten an der Forderung erstreckt sich auf den Schuld-
„schein. Das Gleiche gilt für Urkunden über andere Rechte,
„kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, insbeson-
„dere über Hypotheken, Grundschuld und Rentenbrief".

Demnach hat in allen den Fällen, wo eine Hypothek gesetzlich übergangen ist, der neue Hypothekengläubiger einen dinglichen Anspruch, die gewöhnliche Vindicatoria, auf Ausfolge gegen den Besitzer des Briefs.

b) Fast ebenso wichtig ist die sich aus § 1154 in Verbindung mit 402 und 242 ergebende Vorschrift, wonach der über Forderungsabtretung geschlossene Vertrag zugleich die Verpflichtung in sich schliesst, den Hypothekenbrief mit zu übergeben.

2. Da der Hypothekenbrief jedoch nicht nur nach seiner Substanz, sondern hauptsächlich nach seiner Funktion als Urkunds- und Legitimationspapier in Betracht kommt (er kann beinahe als ein Teil des Grundbuchs bezeichnet werden; cf. B.G.B. 1154. 1160. G.B.O. 42.), — so sind über die Art und Weise der Berichtigung desselben und seine Vorlage ans Grundbuchamt noch besondere Vorschriften gegeben, von denen hervorzuheben ist:

a) § 896: Ist zur Berichtigung des Grundbuchs die Vorlegung eines Hypotheken-, Grund- oder Rentenschuldbriefs, erforderlich, so kann derjenige, zu dessen Gunsten die Berichtigung erfolgen soll, von dem Besitzer des Briefs verlangen, dass der Brief dem Grundbuchamt vorgelegt wird.

α. Hier greift zunächst, wenn es sich um die Eintragung eines ipso jure übergegangenen Rechts handelt, § 952 Abs. 2 ein; zu beachten ist jedoch, dass die Pflicht der der Vorlage ans Grundbuchamt noch nicht ohne Weiteres aus dem Eigentum an der Substanz des Briefs hervorgeht. Zur richtigen Konstruierung dieses Anspruchs muss daher, sowohl hier, wie in dem Fall

β. wo berichtigungsweise das Erlöschen eines Rechts eingetragen werden soll,

(§ 1181 Abs. 3, 1173. 1175 Satz 2)

auf das zu Grunde liegende Recht am Grundstück selbst zurückgegriffen werden. Der Anspruch auf Vorlage des Briefs ist, ähnlich wie der Anspruch auf den Voreintrag, 895 B.G.B., ein Anhängsel zu dem auf Grund der Beeinträchtigung des dinglichen Rechts entstandenen Berichtigungsanspruch (§ 894); auch das Bestehen des gegenstandslosen Briefs bei

untergegangener Hypothek erscheint — ähnlich wie das Bestehen der inhaltslosen Vormerkung, oben S. 146 — als Eigentumsbeeinträchtigung; daher auch Unbrauchbarmachung desselben (G.B.O. 69.).

γ. Dieselbe Erwägung gilt auch für den — übrigens seltenen und daher nicht weiter zu behandelnden — Fall, wo der gegenstandslose Brief sich nicht bei dem früheren Hypothekenberechtigten befindet: also Herausgabe-Anspruch auf Grund Eigentums am Brief und am Grundstück; demgegenüber wohl, nach oben S. 46, keine Rückhaltungsrechte im Sinn des § 986 Abs. 2.

b) Liegt es übrigens schon im Fall Z. 2 a β S. 151 nahe, die Verpflichtung des Briefbesitzers zur Vorlage ans Grundbuch als nicht rein dinglich, sondern obligatorisch zu behandeln, so müssen als obligatorisch sicher die Verpflichtungen 1144, 1145 und 1167 bezeichnet werden.

α. Hier wird nämlich sowohl dem Eigentümer als demjenigen Schuldner, welcher, im Fall er den Gläubiger befriedigen wird, die Hypothek erwirbt, oder sonst ein rechtliches Interesse an der Grundbuchberichtigung hat, das Recht eingeräumt, nicht nur den Gläubiger zu befriedigen, sondern, schon ehe seine Befriedigung thatsächlich erfolgt ist, nämlich „g e g e n" Befriedigung des Gläubigers, die Aushändigung des Hypothekenbriefs und der sonstigen Urkunden zu verlangen, die zur Berichtigung des Grundbuchs, oder zur Löschung der Hypothek erforderlich sind (1144. 1167).

Der Wortlaut führt notwendig dazu, unter den zur L ö s c h u n g d e r H y p o t h e k erforderlichen Urkunden gerade auch die — erst zu erteilende — Urkunde über die Löschungsbewilligung zu verstehen. Demnach hat der Gläubiger hier, auch wenn er noch gar nicht thatsächlich befriedigt, sondern bloss im Annahmeverzug (§ 293. 297. 298) und sonach noch Subjekt der Forderung und der Hypothek ist, doch schon die Einwilligung zur Löschung zu erteilen.

Nun kann man schon im Fall des § 1144 nicht von dinglicher Natur dieses Anspruchs reden:
(da bis zu der Löschung das dem Eigentum vorgehende Pfandrecht eben noch besteht, und also der Anspruch auf Löschung der Hypothek nicht bloss einfach auf das Eigentum gestützt werden kann) — ;

vollends aber fehlt es im Fall des § 1167, — wo nicht der Eigentümer, sondern der persönliche Schuldner den Anspruch erhebt, — durchaus an jedem dinglichen Recht in der Person desselben.

Diese Ansprüche sind sonach keine auf Sachenrecht beruhenden, d. h. dinglichen in unserem Sinn; für sie gelten daher alle Vorschriften des Obligationenrechts, insbesondere auch die über die „Zug-um-Zugleistungen"; denn das B.G.B. hat, trotz der bekannten Controverse, ob die Verpflichtungen des Gläubigers zur Herausgabe des quittierten Wechsels oder zur Quittungserteilung richtige Zug-um-Zug-Verpflichtungen seien,

(Nein, Gaupp zu 664 alt C.P.O. II. s. f.),

das Wort „gegen" hier ebenso einschränkungslos gebraucht, wie bei der Quittungspflicht des § 368 B.G.B., für welche die Zug-um-Zug-Natur mit aller Entschiedenheit und ausdrücklich und unter Ziehung aller Konsequenzen (Mot. z. R. d. Schuldvh. zu § 269 S. 88/89, Mugdan S. 49) ausgesprochen ist. Es werden deshalb für die Verpflichtung des 1144 und 1167, und ebenso für die obligatorische Verpflichtung des § 1217 (siehe oben S. 15 Z. 37), auch die Bestimmungen des § 274, sodann §§ 894. 726 Abs. 2 C.P.O. Anwendung finden[1]).

β. Für die Pflicht des § 1145 wäre am einfachsten, sie als reine Quittungspflicht, ähnlich wie § 369, aufzufassen; immerhin wird es aber richtiger sein, die Anlehnung an den Begriff der Grundbuchberichtigung, siehe oben 2. a) β, S. 151 unten, nicht ganz zu ignorieren, und ihn daher immerhin als einen Anspruch *aus dem Grundstücks-Eigentum* gelten zu lassen.

3. Auch hinsichtlich des Hypothekenbriefs zeigen sich somit rein dingliche Ansprüche, insbesondere der auf Herausgabe des

---

1) Demnach kann bei Annahmeverzug die nach § 894, 725 Abs. 2 als bewilligt anzunehmende Löschung der Hypothek — eine rechts*ändernde* Eintragung — alsbald vorgenommen werden; für die Fälle, wo die Befriedigung des Gläubigers nach § 1164 Hypothekenübergang, also die Notwendigkeit einer Grundbuch*berichtigung* zur Folge hat, kann die Berichtigung auf Grund des blossen „Annahmeverzugs" — nicht erfolgen, — da eben der Annahmeverzug mangels positiver Vorschrift doch nicht ipso jure den Uebergang der Hypothek bewirkt; gerade weil hier nicht *gewillkürte* Verfügung über die Hypothek vorliegt, kann auch nicht die Fiktion einer verfügenden Willenserklärung, wie in § 894 C.P.O., durchgreifen.

Briefs selbst, vermischt mit Ansprüchen teils ganz gewöhnlicher, rein obligatorischer Natur (§ 1144. 1167), teils gemischter und zweifelhafter Natur, 1145. Es bestehen Ansprüche teils auf rein thatsächliches Handeln auf eigene Kosten, teils auf die formell zu erteilende Eintragsbewilligung; hinsichtlich der Frage der Kosten und der aus der Buntartigkeit der Ansprüche zu schliessenden Folgerung auf die Gleichgiltigkeit des B.G.B. gegenüber dinglicher und obligatorischer Provenienz der Ansprüche, siehe das schon oben II. B. Z. 4 S. 137 und III. B. Z. 5 S. 149. 150 Vorgetragene.

§ 20.

Anhang: Das Vorkaufsrecht § 1094—1104.

Das Vorkaufsrecht des B.G.B. hat zu Gunsten einer Person oder des Eigentümers eines Grundstücks Wirkung gegen Dritte in zweierlei Hinsicht:

1. Gemäss 1097 nicht bloss gegen den Begründer selbst und seine Erben, sondern auch, falls verabredet, gegen weitere Einzelnachfolger aus Kauf.

2. Gegen einen neuen Eigentümer, wenn er der Käufer oder ein Rechtsnachfolger des Käufers ist, § 1100 ff. Gegen alle Dritten, zu deren Gunsten der Verpflichtete in einer den Anspruch des Vorkäufers beeinträchtigenden Weise verfügt hat: § 1098, Abs. 2, § 883, 888.

I.

1. Die Wirkung gegenüber dem gemäss Ziff. 1 verpflichteten Eigentümer des Grundstücks ist die, dass mit der Ausübung des Kaufrechts ein obligatorischer Kaufvertrag zwischen ihm und dem Vorkäufer zu stande kommt — auf welchem gemäss 1098 die Regeln der §§ 504 bis 514 (Bestimmungen zur Ausführung des Satzes „Es kommt ein Kauf zu Stande") Anwendung finden.

2. Für das Verhältnis zwischen dem Verpflichteten und dem dritten Käufer, s o l a n g e d e r s e l b e n i c h t E i g e n t ü m e r d e s G r u n d s t ü c k s i s t[1]):

ist ausser

§ 1098: „Das Vorkaufsrecht hat die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung". (Eine Verfügung über das Grundstück ist insoweit unwirksam . . .)

nichts bestimmt.

1) § 1102 sagt: Verliert der Käufer das Eigentum (wieder!): hieraus ergiebt sich die Notwendigkeit, die Fälle, wo der Erwerber schon Eigentümer geworden, von denen zu scheiden, wo er noch n i c h t Eigentümer ist.

Es muss somit, da das Wort „Verfügung“ im Sinn des B.G.B. sich nur auf den dinglichen, nicht auch auf den zur Rechtsübertragung verpflichtenden Vertrag bezieht,

(Planck I Vorbemerkungen zum 3. Abschnitt S. 148),

geschlossen werden, dass die obligatorische Verpflichtung, wie auf Grund des Kaufvertrags geschaffen, wirksam bestehen bleibt. Dies folgt auch durch Arg. e contr. aus § 506: „Eine Vereinbarung, durch welche der Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig gemacht oder dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts der Rücktritt vorbehalten wird, ist (sc. nur!) dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam“. Somit ist die Vereinbarung und ebenso der ihren Anlass bildende Kaufvertrag wirksam belassen.

§ 883 Abs. 2 greift nur insoweit ein, als die erst nach Ausübung des Vorkaufsrechts vorzunehmende Eigentumsübertragung an den Neuerwerber unmöglich wird; so dass also auf das Verhältnis zwischen Eigentümer und Neuerwerber die Vorschriften über Erfüllung des gegenseitigen Vertrags, § 322 ff., Anwendung finden.

Insofern kann man nicht sagen, dass durch das Vorkaufsrecht ein Einfluss unmittelbar gegen den noch nicht Eigentümer gewordenen Käufer ausgeübt werde.

II.

Ist der Käufer jedoch schon Eigentümer geworden, so gilt für seine oder seines Rechtsnachfolgers Stellung der § 1100. Zum Verständnis ist wieder auf 504. 505 zurückzugreifen, wonach durch die Erklärung der Ausübung sofort ein Kaufvertrag, also der Anspruch auf wirksame Eigentumsübertragung (§ 433 Satz 1) gegen den Verpflichteten, zu Stande kommt.

1. a) Soweit es sich nun um den Besitz des Grundstücks handelt, kann sich der Vorkäufer vom Verpflichteten, nun wieder zu des Vorkäufers Gunsten Eigentümer gewordenen, die Vindicatio abtreten lassen; er kann sie sich auch im Weg der Zwangsvollstreckung gerichtlich überweisen lassen, — insoweit gelten die hübschen Auseinandersetzungen bei Planck zu § 135 Ziff. 2 auch hier.

b) Zur Erwirkung des Eigentumsübergangs auf den Vormerkungsgläubiger ist auch hier Auflassung und Eintrag erforderlich; Mitwirkung und Zustimmung zu beidem kann

der Vorkäufer vom Verpflichteten, Erst-Eigentümer gemäss § 1098. 505 Abs. 2 verlangen; gegenüber dem Käufer hat er die Möglichkeit, sich die Ansprüche des verpflichteten Eigentümers auf Grundbuchberichtigung abtreten zu lassen.

Letzterer Umweg wird jedoch vermieden durch die in 1098 Abs. 2 enthaltene Hereinziehung des § 888:

§ 888 „Er kann von dem Erwerber die Zustimmung zu der Ein-
„tragung oder Löschung verlangen, die zur Verwirklichung
„des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs er-
„forderlich ist"

— wonach der Vorkäufer von dem Käufer einfach die Zustimmung zu der Eintragung seines Eigentums verlangt. Hiebei ist durchaus auf das oben, für die Vormerkungen überhaupt Ausgeführte, S. 143 ss., zu verweisen; es kann also auch umgekehrt der Vorkäufer dem Verpflichteten, wenn dieser, so viel an ihm liegt, zur Eigentumsübertragung bereit ist, seinen Anspruch gegen den Käufer auf Zustimmung zur Eintragung überweisen (oder auch ihn bloss mit der Prozessführung betrauen); neben der Zustimmung des Käufers muss aber auch unter allen Umständen die formelle Auflassung, zwischen Vorkäufer und Verpflichtetem, § 925 B.G.B., samt den beiderseitigen Eintragungsanträgen — deren Kosten, sowie diejenigen etwaiger weiterer notwendiger Erklärungen gewöhnlich gemäss § 449 dem Vorkäufer zufallen werden — hinzukommen.

2. Als unrichtig, mindestens ungenau ausgedrückt, muss es bezeichnet werden, wenn Endemann, II 3. bis 5. Auflage S. 435, gegen den Erwerber „einen Anspruch auf Herausgabe und Eigentumsübertragung am Grundstück gehen lässt." Dies widerspricht den oben S. 144. 145 gewonnenen, auch mit den K.P. im Einklang stehenden Resultaten, und ist auch durch die Fassung des § 1100 nicht gerechtfertigt. Man kann zwar zugeben, dass die Fassung dieses Paragraphen

„Er kann die Zustimmung zur Eintragung des Berechtigten
und die Herausgabe des Grundstücks verweigern"

zunächst den Schluss nahe legt, dass er also zur Zustimmung und Herausgabe alsbald verpflichtet sein müsse; die Stelle lässt sich aber zwanglos auch so auslegen, dass nach dem Wort „und" eingeschaltet gedacht wird: „n a c h d e r E i n t r a g u n g"; so dass die Grundlage der Herausgabepflicht erst die Eintragung, d. h. das durch dieselbe übergangene Eigentum, ist[1]).

1) Gegen diese Auffassung lässt sich auch nicht einwenden, dass die

III.

Für den Zweck der Aufgabe interessieren die weiteren Bestimmungen sowohl der § 1094—1104 als der §§ 504—514 nicht weiter. Als das Wesen des Vorkaufsrechts kann das festgestellt werden, dass es

1. gegenüber dem Besteller und event. gegenüber weiteren Eigentümern (1097) dem Berechtigten die Befugnis einräumt, durch einseitige Erklärung diesen gegenüber die Wirkung eines Kaufs hervorzubringen,

2. den Zwischenerwerber zur Zustimmung der Eintragung des Berechtigten zwingt.

Die auf Grund des zu Stande gekommenen Kaufverhältnisses entsprechenden Ansprüche sind rein obligatorische; die Bezeichnung „dingliches Recht" gebührt dem Vorkaufsrecht nur insofern, als es der Befugnis, Kaufswirkungen zu schaffen, auch Wirkung gegen spätere Sondernachfolger beilegt.

Der Anspruch oben II. 1 b auf Zustimmung wird einesteils allerdings deswegen als ein dinglicher im Sinn unserer Aufgabe bezeichnet werden müssen, weil er seinen einzigen Grund in dem Vorkaufsrecht hat, welches sich ausdrücklich als eine Belastung des Grundbuches bezeichnet. Andererseits hat der Anspruch trotz seiner Verbindung mit dinglichem Recht durchaus keine Eigentümlichkeiten erhalten, welche ihm von den übrigen, auf Grund der gewöhnlichen Vormerkungen gegebenen obligatorischen (siehe oben S. 145 Z. 4) unterscheiden würden. Man muss also sagen, dass die Verbindung mit dinglichem Recht auf die Gestaltung des Anspruchs durchaus keine ändernde Wirkung ausgeübt hat.

Für die Kostenpflicht gilt nichts, was von dem oben § 19 II und III Besprochenen abwiche (vgl. übrigens 449 B.G.B.); die Uebergabepflicht hat der verpflichtete Eigentümer zunächst auf Grund Kaufs, — das ist rein obligatorisch; nach geschehener Auflassung auch auf Grund der Vindikation.

IV.

Zusammenfassend lässt sich konstatieren, dass auch die aus dem dinglichen Vorkaufsrecht entstehenden Ansprüche keineswegs

Zeit nach der Eintragung erst vom Satz 2 des § 1100 berücksichtigt werde: vielmehr liegt der Ton dieses Satzes nur darauf, dass er, während Satz 1 nur eine Einrede giebt, dem Erwerber einen direkten Anspruch gegen den Berechtigten einräumt.

einheitlich, vielmehr höchst vielgestaltig sind und sehr starke Annäherung an das gewöhnliche, obligatorische Schuldverhältnis zeigen; eine Einwendung gegen die allgemeine These der Anwendbarkeit des Allg. Teils des R. d. Sch.V. lässt sich daher auch aus ihnen nicht ableiten.

Viertes Kapitel.

Schluss: Das Resultat.

§ 21.

Zusammenfassung.

I. Vorstehende Untersuchung der einzelnen sachenrechtlichen Ansprüche hat gezeigt,

1. dass für keinen einzelnen derselben, nach seiner Eigenart ein Grund vorhanden ist, welcher der Aufstellung der zunächst nur allgemeinen, nicht in's Detail eingehenden, These der Anwendbarkeit der Vorschriften des Allg. Teils des Rechts der Sch.Vh. zuwider wäre;
2. dass auch aus ihrem Ursprung in Sachenrechten ein Grund gegen die These nicht entnommen werden kann, — deswegen, weil der Satz der Mot. S. 392, Mugdan 218 sich bestätigt gefunden hat: „Allgemeine Grundsätze, welche „für die Geltendmachung eines jeden absoluten Rechts passen, lassen sich nicht „aufstellen, weil die Verschiedenheit des „Inhalts der absoluten Rechte auf die Frage, „wann eine Verletzung des Rechts vorliegt, „und auf den Inhalt der aus der Verletzung „sich ergebenden Ansprüche von Einfluss „ist."

II. Nachdem nun Rümelin — Civ. Arch. Bd. 68, „Obligation und Haftung" VII ff. — die Behauptung durchgeführt hat, dass die Bestimmungen des allgemeinen Teils des Obligationenrechtes, wie sie nicht auf alle Ansprüche des speziellen Teils des Obligationenrechtes zutreffen, so auch andererseits nicht notwendig auf die Ansprüche des speziellen Teils beschränkt sein müssen, so hat die vorliegende Studie zu dem Ergebnis geführt, dass ihrer Anwendung auf die dinglichen Ansprüche jedenfalls kein gemeinsames, auf ihrer besonderen sachenrechtlichen Natur beruhendes Hindernis entgegensteht; Sache einer weiteren genauen

— dem Verfasser wegen Zeitmangels unmöglichen — Untersuchung wäre es nun, jede einzelne Bestimmung des Allg. Teils des R. der Sch.V. auf ihre Anwendbarkeit auf die einzelnen dinglichen Rechte durchzuprobieren.

§ 22.

Andeutungen eines speziellen Teils.

Andeutungsweise mag hier schon hervorgehoben werden, dass verschiedene wichtige, generelle, jedoch nur im Allg. Teil des R. der Sch.V. enthaltene Vorschriften ganz notwendig auch auf die dinglichen Rechte Anwendung finden:

a) So z. B. sogleich § 242: Erfüllung nach Treu und Glauben: Diese Bestimmung muss für die sachenrechtlichen Ansprüche umsomehr Platz greifen, als dieselben ja gesetzliche sind, und daher bei ihnen die loyale Pflichterfüllung noch viel mehr als bei den bloss auf Parteiwillen beruhenden Ansprüchen gefordert ist.

Auf eine unbewusste oder stillschweigende Anwendung dieses Satzes möchten wir insbesondere die vom B.G.B. konstituierten

Wegnahmerechte

zurückführen:

Diese lassen sich nämlich wohl alle daraus erklären, dass die auf Grund besonderen Rechts oder zu vorübergehendem Zweck eingefügte Sache — dies wird bei

Wiederkaufsrecht § 500 ff.,

Vorkaufsrecht § 504 ff.,

ebenso bei den Einrichtungen des Mieters und Pächters (auch Pflanzschule)

denjenigen des Entleihers § 601, des Niessbrauchers 1049 Abs. 2,

des Pfandgläubigers, § 1216, — zutreffen, —

einerseits nicht Bestandteil der andern Sache, andererseits auch nicht Gegenstand des die andere Sache betreffenden, gesetzlichen oder vertragsmässigen Herausgabe- oder Rückgabe-Anspruchs geworden ist.

Daher ist der Einfügende durch die ihm obliegende Rückgabepflichterfüllung

(§ 242 „so“, aber auch nur „soweit“, als Treu und Glauben ... es erfordert)

an der Abtrennung seiner — dem Rückgabeabspruch nicht unterliegenden, in seinem Eigentum gebliebenen — Einrichtung nicht behindert.

Für § 997 musste allerdings noch, da Eigentum und Herausgabeanspruch sich auf den eingefügten Bestandteil der Sache ausdehnt, ausdrücklich das Recht der Trennung ausgesprochen werden; aber auch hier ist das gesetzgeberische Motiv kein anderes als das, dass dem Besitzer die Mieterausgabe seiner Einfügung nicht zuzumuten sei.

Die positive Wirkung von Treu und Glauben zeigt sich andererseits wieder in der Verpflichtung, nach der Wegnahme die Sache wieder in den zwar einfacheren, — aber immerhin wieder in guten, dem vorigen unversehrten Stand entsprechenden — Zustand zu setzen.

b) Ebenso verlangt die Billigkeit die Anwendung des § 255. Ersatzleistung für Verlust nur gegen Abtretung der Surrogatansprüche,

und, ohne in die Controverse hinsichtlich der Vindicatio gegen den mittelbaren Besitzer sich zu breit einzulassen, möchte man immerhin, von der Ansicht ihrer Zulässigkeit ausgehend — darauf hinweisen, dass der Gierke'sche Satz (Gutachten für den 24. Juristentag S. 42):

> „Der Anspruch auf Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe, ist in dem Anspruch auf Herausgabe der Sache als das Geringere mitenthalten"

die technisch einfachste Durchführung findet in der Anwendung des § 281:

> „Erlangt der Schuldner infolge des Umstands, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen."

c) Ebenso werden die Vorschriften über Wirkung der befreienden, nicht vertretbaren, und diejenige der nicht befreienden, vertretbaren Unmöglichkeit (§ 275, 280), auch für die dinglichen Ansprüche Geltung haben — wobei allerdings die Unterfrage, „was der sachenrechtliche Schuldner zu vertreten hat" für die dinglichen Ansprüche vom Gesetz (Mot. zu den Eigentumsansprüchen), etwas anders als für die obligatorischen bestimmt ist.

d) Die Anwendung des § 283 wird, unter Berücksichtigung des § 285, und erweiternder Auslegung desselben (nicht bloss die dinglichen Ansprüche, sondern eventuell auch das dingliche

Recht selbst wird abzutreten sein), keine erheblichen Schwierigkeiten bieten.

e) Als durchaus selbstverständlich muss auch die Zulässigkeit der Abänderung des dinglichen Anspruchs durch Vertrag (§ 305) — ebenfalls für die sachenrechtlichen Ansprüche nicht ausdrücklich festgestellt, — bezeichnet werden.

f) Verzug und Forderungsübertragung sind schon oben, S. 56 ss, S. 101, § 16; S. 41 ss, eingehend berücksichtigt. —

g) So ergiebt sich — neben der Verminderung der Bedenken gegen die Anwendbarkeit — eine immer grössere Wahrscheinlichkeit für einen ziemlich weiten Umfang derselben. Die Aufrechnungsbestimmungen allerdings werden kaum anwendbar sein, — bei der Verschiedenheit der einzelnen, je auf ein Handeln oder Unterlassen hinsichtlich einer Spezies gerichteten, dinglichen Ansprüche: auch scheint bei dem Abschnitt über die Aufrechnung nur an Forderungen gedacht („soweit die Forderungen sich decken", § 389).

§ 23.

Es ist oben S. 56 ss gezeigt worden, dass die gegen einen bestimmten Gegner erwachsenen Herausgabe- und anderweiten dinglichen Ansprüche, oben § 6 II. 2 S. 19, vom B.G.B. unter den Begriff des Rechts auf „Leistung" im Sinn des Allg. Teils des Rechts der Schuldverhältnisse subsumiert sind; dass diese Bezeichnung also eine für beiderlei Ansprüche gemeinsame, oder eine, um den Wendtschen Ausdruck s. o. S. 62 zu verwenden, neutrale ist; dem entspricht, dass der „Anspruch" schon im Allgemeinen Teil, § 194 ss, erwähnt und teilweise behandelt wird.

Der oben § 3, Z. 2, S. 8 „vorausgesetzte" Gegensatz besteht also jedenfalls nicht in dem Sinn, dass es sich um zwei prinzipiell verschiedene Kategorien, Oberbegriffe, handeln würde; vielmehr kann für beide Rechtsgebilde sowohl der Name „Anspruch" als auch die seitherige, Windscheid'sche, Bezeichnung: „Der der Privatperson zur Verfügung gestellte Rechtsbefehl" beibehalten werden.

Immerhin liesse sich auch dann noch von einem Gegensatz zwischen den dinglichen Ansprüchen gegenüber dem bestimmten Gegner einerseits und den Ansprüchen aus den Schuldverhältnissen i. e. S. andererseits reden, wenn eine im Sinn des B.G.B. erhebliche Differenz zwischen beiderlei Ansprüchen sich zeigen würde.

Als Kriterium für einen solchen Gegensatz versagt indessen die Frage, ob die Normen des Allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse auf die dinglichen Ansprüche anwendbar

seien: denn diese Normen finden eben auf die Ansprüche aus den Schuldverhältnissen i. e. S., wie — nach unserm Resultate — nicht ausschliesslich, so — nach Rümelin u. A. — auch nicht durchweg Anwendung. Mögliches Kriterium bleibt sonach nur die Frage der Haftung des ganzen Vermögens.

Diese Frage aber kommt, genau betrachtet, einfach auf die andere hinaus: Wann die eingetretene Unmöglichkeit der primären Leistung vom Schuldner „zu vertreten ist". Die Vertretbarkeit jedoch ist zwar für die dinglichen Ansprüche besonders, übrigens aber auch für die übrigen Ansprüche nicht gleichartig geregelt: Genus- und Spezies-Obligation werden — beide im Recht der Schuldverhältnisse — in dieser Hinsicht wesentlich verschieden behandelt.

Demnach kann auch die Verschiedenheit hinsichtlich der Haftung nicht als eine im Sinn des B.G.B. so erhebliche betrachtet werden, dass sie eine Trennung zwischen den Ansprüchen aus Schuldverhältnis i. e. S. und den dinglichen Ansprüchen gegenüber dem bestimmten Gegner rechtfertigen würde:

Man wird der Besonderheit wenigstens dieser Letzteren — oben § 6 II. 2 S. 19; über § 6 II. 1 siehe S. 80. 81 — völlig gerecht, wenn man sie als eine Unterart der Schuldverhältnisse — im gleichen Sinn wie die Genus- und Spezies-Obligation — bezeichnet; und dies führt weiterhin zu dem überraschenden, übrigens mit der Eingangs erwähnten Bemerkung der Mot. S. 4, oben S. 6 übereinstimmenden Ergebnis, dass die in der Ueberschrift des zweiten Buchs gebrauchte Bezeichnung „Schuldverhältnisse" für die Rechtsverhältnisse dieses Buchs nicht ausschliesslich charakteristisch oder unterscheidend ist und sein will.

Dies scheint in einem gewissen Gegensatz zu der ebenfalls citierten Stelle

Mot. S. 1, oben S. 6

zu stehen.

Dieser Gegensatz ist übrigens nur ein scheinbarer: deswegen, weil, wie gezeigt, der Begriff der römisch-rechtlichen Obligation — und insbesondere die Verschiedenheit der dinglichen Ansprüche von derselben — durchaus nicht so unzweifelhaft feststand. Er wäre aber auch unbedenklich, — deswegen weil jene Stelle offenbar weder die Form noch den Willen der Definition zeigt.